

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Las condiciones generales de la contratación en el tráfico
entre profesionales**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Agustín Redondo Aparicio

DIRECTORA

Silvia Díaz Alabart

Madrid

Universidad Complutense de Madrid

Facultad de Derecho



Tesis doctoral

**LAS CONDICIONES GENERALES DE LA
CONTRATACIÓN EN EL TRÁFICO ENTRE
PROFESIONALES.**

Alumno:

Agustín Redondo Aparicio

Directora:

Prof.^a Dr.^a D.^a Silvia Díaz Alabart

Madrid, 2 de octubre de 2020

A todos los que me han ayudado en este trabajo.

A mi directora de tesis, por su infinita paciencia

A mi familia, por apoyarme incondicionalmente,

A los pacientes colegas, revisores del texto, por su indulgencia con mis errores

GRACIAS

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO	18
1. Motivación y oportunidad del trabajo.....	18
1.1. Introducción y situación actual	18
1.2. La necesidad de protección de los profesionales	21
1.3. Un paso atrás: la revisión de la cuestión de las CGC desde el contexto de la contratación entre profesionales	24
1.4. La posibilidad de soluciones propias para las CGC entre profesionales	27
2. Objetivos del trabajo.....	29
3. Metodología y procedimientos	31
4. Estado de la cuestión	34
4.1. Evolución del debate doctrinal: de la discusión sobre la naturaleza de las CGC a la LCGC	34
4.2. La situación posterior a la LCGC: litigiosidad e iniciativas de unificación del derecho europeo de los contratos.....	38
5. Breves precisiones de términos usados.....	42
CAPÍTULO 2: LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS SOBRE DERECHO DE LOS CONTRATOS Y CGC	45
1. Una nueva observación de la contratación entre profesionales bajo CGC como punto de partida	45
2. Los estudios empíricos sobre derecho de contratos como metodología alternativa de trabajo	45
3. Estudios y análisis disponibles sobre contratos bajo CGC.....	47
4. Trabajos académicos sobre la realidad empírica de contratación bajo CGC, especialmente entre profesionales	49
4.1. Inexistencia de un mercado de CGC.....	50
4.2. Falta de lectura y conocimiento de las CGC.....	51

4.3	Contratos entre contratantes profesionales de gran tamaño.....	53
4.4	Estudios sobre contratos específicos: contratos de franquicia.....	56
5.	Otras indagaciones en la realidad contractual en estudios preparatorios y de revisión legislativa.....	57
5.1	Francia: Informe Hagelsteen.....	58
5.2	Australia: proceso consultivo sobre la Ley federal australiana para la protección de los pequeños negocios frente a las condiciones abusivas	61
5.3	El informe Leuschner en Alemania	70
5.3.1	<i>Motivación y metodología del Informe Leuschner.....</i>	71
5.3.2	<i>Conclusiones de la encuesta sobre la práctica empresarial (Encuesta 2)</i>	73
5.3.3	<i>Conclusiones de la encuesta sobre la experiencia de las CGC en procedimientos arbitrales</i>	79
CAPÍTULO 3: UN ANÁLISIS EMPIRICO SOBRE LA REALIDAD DE EMPRESAS ESPAÑOLAS		83
1.	Introducción y objetivos del estudio.....	83
2.	Datos y representatividad de la muestra utilizada (empresas y contratos)	84
3.	Cuestiones planteadas	87
4.	Conceptos condicionantes: posibilidad de reconocer las CGC	88
5.	Resultados.....	94
5.1.	Amplitud de uso de las CGC en la contratación entre profesionales y problemas de identificación	94
5.2.	Formalización de la documentación y las CGC.....	97
5.3.	Extensión, detalle y aplicación al supuesto de las CGC	102
5.4.	Adaptación de las CGC al objeto de la contratación	104
5.5.	Uso de CGC estandarizadas en una industria, sector o ámbito concreto... ..	110
5.6.	Partes participantes (o con un interés) en la relación contractual.....	113
5.7.	Según el papel como predisponente y adherente de las CGC.....	118
5.8.	Según el tamaño de las contrapartes en las posiciones de predisponente y adherente de las CGC.....	121
5.9.	Según la relación que el objeto del contrato tenga con la actividad característica de las partes.....	124
5.10.	Desarrollo de actividad negociadora.....	126

CAPÍTULO 4: FÓRMULAS DE TRATAMIENTO DE LAS CGC EN LOS DERECHOS NACIONALES DE CONTRATOS 129

1.	Introducción: propósito y criterios de la revisión de la experiencia comparada ...	129
2.	Tratamiento bajo las normas generales de derecho de contratos: ausencia de tratamiento singular	133
2.1.	Estados Unidos.....	134
2.2.	Reino Unido	139
2.3.	Suiza.....	144
2.4.	Países escandinavos	146
2.5.	Bélgica	148
3.	Tratamiento mediante una singularización parcial de la regulación de las CGC ..	151
3.1.	Italia	152
3.2.	Otros países: Polonia y República Checa	156
3.3.	España	157
3.3.1.	<i>Resumen de la situación española</i>	157
3.3.2.	<i>Otras normas distintas de la LCGC.....</i>	161
3.3.3.	<i>Jurisprudencia española</i>	162
3.4.	Holanda.....	164
3.5.	Australia.....	170
4.	Tratamiento específico mediante singularización amplia de las CGC.	177
4.1.	Alemania.....	177
4.1.1.	<i>Origen y orientaciones de la normativa alemana.....</i>	178
4.1.2.	<i>Visión general del contenido de la regulación</i>	178
4.1.3.	<i>El concepto de CGC en la normativa alemana y la importancia del proceso de negociación.....</i>	179
4.1.4.	<i>Los controles de las CGC: controles de contenido.....</i>	182
4.1.5.	<i>Posibles excesos en la aplicación jurisprudencial y propuestas de modificación.....</i>	183
4.2.	Portugal.....	186
4.3.	Francia.....	188
5.	Normativa internacional y propuestas de armonización del derecho contractual europeo	191

5.1.	Las CGC y el Marco Común de Referencia	193
5.2.	Propuestas del Grupo de Pavía	195
5.3.	Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT	196
CAPÍTULO 5: OTRAS FORMULAS DE TRATAMIENTO: NORMAS CONTRACTUALES ESPECÍFICAS Y NORMATIVA DE PROTECCION DE LA COMPETENCIA.....		197
1.	Introducción.....	197
2.	Tratamiento específico de las CGC en determinados tipos de contratos o cláusulas	198
2.1.	La Directiva de Agencia	200
2.2.	Las Directivas de Morosidad	201
2.3.	Otras normas o propuestas de singular relevancia en la práctica entre profesionales	203
2.3.1.	<i>La Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea.....</i>	<i>203</i>
2.3.2.	<i>La Convención de Viena sobre contratos para la compraventa de mercaderías de 1980</i>	<i>204</i>
2.3.3.	<i>Las normas especiales del Marco Común de Referencia</i>	<i>205</i>
3.	Tratamiento de las CGC por las normas de protección del mercado	206
3.1.	Introducción	206
3.2.	Las normas de protección del mercado para tratar problemas de CGC y el papel de los reguladores.....	207
3.3.	Experiencias con el tratamiento de las CGC en el ámbito del derecho de la competencia	209
3.3.1.	<i>Las CGC de segundo grado como posible forma de recomendación prohibida.....</i>	<i>210</i>
3.3.2.	<i>Las CGC como prácticas concertadas.....</i>	<i>211</i>
CAPÍTULO 6: LOS FUNDAMENTOS DE CONTROL DE LAS CGC EN GENERAL. INTENTANDO REPRODUCIR EL DEBATE INEXISTENTE.....		214
1.	Introducción: la relevancia de los fundamentos de control y la distinción entre adherentes profesionales y consumidores.....	214
1.1.	Relevancia de los fundamentos de control del contenido.....	214
1.2.	Falta de auténtico debate en España: nuestro intento de recreación	217

1.3.	El marco de las CGC: factores históricos y económicos que determinan su aparición y sujeción de estas a controles específicos.....	218
2.	Los fundamentos de control de las CGC	220
2.1.	La arcadia del concepto de contrato negociado como punto de partida y las CGC	220
2.2.	La necesidad de compensar los déficits de voluntad y prevenir abusos	227
2.3.	La formulación previa y la unilateralidad del contrato resultante	229
2.4.	La relevancia de la generalidad: asimetría de información y costes.....	232
2.5.	Problemas de la teoría de agencia.....	235
2.6.	Incapacidad del mercado para corregir el desequilibrio. Fallos de mercado y la necesidad de protegerlo.....	236
2.6.1.	<i>La falta de posibilidad de elección respecto a las CGC y la inexistencia del “mercado de CGC”</i>	237
2.6.1.1.	Razones y consecuencias de la inexistencia del mercado	237
2.6.1.2.	Irrelevancia de la inexistencia del “mercado de CGC”	240
2.6.1.3.	Fracaso de los mecanismos de mercado para tratar el problema de las CGC	241
2.6.2.	<i>Protección de la confianza y del mercado</i>	243
2.7.	Las CGC en el marco de una economía social y de mercado.....	244
2.7.1.	<i>La protección del contratante débil</i>	244
2.7.2.	<i>La modernización del concepto de contrato</i>	247
2.8.	Conclusiones a los fundamentos de control. Multiplicidad de motivos de control, pero relevancia del objetivo de justicia y protección del contratante débil.....	248
3.	Argumentos para la no aplicación de controles de contenido específicos a las CGC	249
3.1.	Preservar la seguridad jurídica.....	250
3.2.	Preservar la libertad contractual y la autodeterminación. Autorresponsabilidad e innovación contractual.....	251
3.2.1.	<i>La responsabilidad como elemento esencial de la libertad contractual.</i>	252
3.2.2.	<i>La innovación contractual.</i>	255

3.3.	Evitar rigideces innecesarias, y sobreprotección y evitar factores anticompetitivos en el comercio internacional	257
3.3.1.	<i>Excesos de protección formal y ejemplos de mal funcionamiento de los requisitos de inclusión de la LCGC (sobrecarga de información)</i>	257
3.3.2.	<i>Los problemas de CGC se pueden modular de forma más eficiente por factores extrajurídicos o relacionales</i>	259
3.3.3.	Aumento de costes y disminución de los factores de competitividad	260
3.4.	Evitar la fuga de la contratación a regulaciones extranjeras.....	261
3.5.	Conclusiones respecto a los argumentos contrarios a la regulación (o a una regulación muy amplia)	261
4.	Necesidad de tener en cuenta otros elementos, en especial, las características y comportamiento de los adherentes, y el contexto de la contratación.	261
CAPÍTULO 7: EL TRATAMIENTO DIFERENCIADO ENTRE CONSUMIDORES Y PROFESIONALES ANTE LAS CGC.....		265
1.	La influencia del derecho de consumo en el tratamiento de las CGC.	265
1.1.	Introducción: relevancia del elemento subjetivo y la protección del consumidor.....	265
1.2.	Las CGC y el derecho de consumo: necesidad de protección del contratante débil.....	268
1.3.	Una confluencia e influencia naturales y sus riesgos.....	271
1.4.	La noción de consumidor: relevancia y algunos problemas de delimitación	273
1.5.	La noción del profesional.....	276
2.	Diferencias de la posición entre consumidores y profesionales e idiosincrasia de la contratación entre profesionales	279
2.1.	Estándar de protección legal (mandato expreso de protección para los consumidores.	280
2.2.	Disparidad de fines y medios. Integración de riesgos y costes en la actividad profesional.....	285
2.3.	Diferente estándar de diligencia.....	287
2.4.	Mayor variedad de situaciones subjetivas.....	290
2.5.	Mayor variedad y heterogeneidad de los negocios jurídicos	292

2.6.	Diversidad de beneficiarios.....	292
3.	Los casos limítrofes y la distinción entre adherentes consumidores y profesionales	293
3.1.	Actos mixtos o de doble finalidad	293
3.2.	Participación de terceros en la contratación empresarial	295
3.3.	Los actos preparatorios de la futura actividad	295
3.4.	El llamado “consumo empresarial”	296
4.	La relevancia del elemento subjetivo y dudas sobre la continuidad de una categoría “unitaria” para las CGC	298
CAPÍTULO 8: EL TRATAMIENTO Y CONTROLES DE LAS CGC ENTRE PROFESIONALES: PROBLEMAS Y PROPUESTAS ACTUALES.....		302
1.	Punto de partida: propuestas doctrinales, iniciativas de reforma y una jurisprudencia más proclive a los controles.....	302
1.1.	Propuestas doctrinales: Propuesta mayoritaria de control de contenido....	302
1.2.	Propuestas normativas y su tratamiento de los controles de contenido a las CGC entre profesionales	305
1.2.1.	<i>Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos de 2009 de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil).....</i>	<i>306</i>
1.2.2.	<i>Las propuestas de Código Mercantil de 2013 y 2018 de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Mercantil).....</i>	<i>308</i>
1.2.3.	<i>La propuesta de Código Civil, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2018</i>	<i>310</i>
1.2.4.	<i>Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta de 2017</i>	<i>310</i>
1.3.	Jurisprudencia: “El abuso de posición contractual dominante”.....	311
2.	Los mecanismos de control: cláusulas generales, listas y referencias al derecho dispositivo.....	315
2.1.	Las propuestas previas a la LCGC.....	315
2.2.	Propuestas actuales de regulación en España	317
3.	Propuestas de tratamiento adaptadas al tráfico mercantil: un tratamiento diferenciado o menos intenso para las CGC.....	319
3.1.	Formas posibles de tratamiento	320
3.2.	Protección limitada a cierto tipo de empresarios (pequeños y medianos). 320	

3.3.	El llamado “consumo empresarial” (exclusión por ajenidad del contrato con CGC al sector de práctica del adherente, sus conocimientos o el tamaño del contrato)	322
3.4.	Utilización de estándares “simplificados” o criterios “atemperantes” propios del tráfico entre profesionales	325
3.5.	Reflejo del tratamiento diferenciado en las propuestas españolas	326
4.	Valoración de las propuestas: persistencia de problemas (y alguno nuevo) y falta de adaptación a la situación del adherente profesional	328
4.1.	Las propuestas de control de contenido(la buena fe) y los riesgos de una excesiva influencia del derecho de consumo	328
4.2.	El derecho dispositivo como elemento de control	330
4.3.	Escasa adaptación a la diferente situación del adherente profesional.....	333
5.	Otros problemas a los que se enfrenta la regulación de CGC	335
CAPÍTULO 9: A MODO DE CONCLUSIÓN. PROPUESTAS DE TRATAMIENTO. LA BUENA FE DEL ADHERENTE COMO FACTOR MODERADOR Y OTRAS PROPUESTAS.....		338
1.	Necesidad de un compromiso. Los riesgos de no dar ningún tratamiento también son relevantes	338
2.	Propuesta de lege ferenda: tratamiento por la normativa especial y la buena fe de ambas partes como cláusula de cierre.....	341
3.	La regulación individual de los tipos de contratos y cláusulas específicas como forma principal de tratamiento de los problemas de las CGC entre profesionales	344
4.	La buena fe de ambas partes como cláusula de cierre. Especial referencia a la buena fe del adherente	347
4.1.	Cláusula de cierre y buena fe del predisponente.....	347
4.2.	Especial relevancia de las circunstancias del adherente. La buena fe del adherente como factor diferencial de la contratación entre profesionales. 348	
4.2.1.	<i>Relevancia de las circunstancias del adherente</i>	348
4.2.2.	<i>Delimitación mediante criterios cuantitativos de los elementos relevantes y del ámbito de protección.....</i>	351
4.2.3.	<i>La buena fe del adherente como criterio aglutinador</i>	353
4.3.	Contenido de la buena fe del adherente: una propuesta.....	355
4.4.	Situaciones con soluciones similares: el modelo del error	358

4.5.	La buena fe del adherente como concreción de la doctrina jurisprudencial del “abuso de posición contractual dominante”	360
5.	Los deberes de informarse como manifestación de la buena fe del adherente	362
5.1.	El deber de informarse “simple” (la lectura de las CGC)	363
5.2.	El deber “complejo” de informarse (asesorarse)	364
6.	Los deberes de negociación o de soportar las consecuencias de la no negociación como manifestación de la buena fe del adherente	366
6.1.	La imposición y ausencia de negociación como elemento clave de las CGC	366
6.2.	¿Existe una obligación de negociar (y un derecho a hacerlo)?	368
6.3.	Decisión calculada de no negociar	370
6.4.	Negociación general del contrato	372
6.5.	Sujetos sin capacidad de negociar las CGC	376
CONCLUSIONES		378
BIBLIOGRAFIA		387
JURISPRUDENCIA CITADA		406

RESUMEN

En esta tesis se aborda el fenómeno de las condiciones generales de la contratación (“CGC”) específicamente en el ámbito de la contratación entre profesionales. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación no prevé la aplicación de controles de contenido a las CGC suscritas entre profesionales, decisión criticada de manera generalizada por la doctrina española. En este trabajo abordamos esta decisión, y otros aspectos de la regulación de las CGC, sin partir de la necesidad de estos controles. Las bases de partida son tanto la experiencia real de las CGC entre profesionales, a través de estudios empíricos, como las distintas experiencias comparadas, atendiendo en particular a las críticas internas de los últimos años al sistema alemán, considerado como la regulación modelo.

Tras esta revisión se consideran los argumentos a favor y en contra de la introducción de controles de contenido entre profesionales, y se revisa con detalle las importantes diferencias en la posición como adherentes de los consumidores y los profesionales. Se revisan las diferentes propuestas doctrinales y legislativas de los últimos años, que consideramos no plenamente satisfactorias. Se formula finalmente una propuesta de “*lege ferenda*” articulada en torno a una regulación de las cuestiones que afectan a las CGC entre profesionales en la legislación especial de cada tipo de contrato que se complementa con una cláusula de cierre para los supuestos no previstos. Esta cláusula de cierre permitiría un control de contenido de estas cláusulas en torno a la buena fe de ambas partes. Así para que haya un control de contenido se requeriría no solo un comportamiento del predisponente contrario a la buena fe sino que el adherente profesional se haya comportado de buena fe.

SUMMARY

This work deals with the standard term clauses (STC) in the B2B context. Spanish Act 7/1998, on Standard Contract Clauses does not foresee any specific content controls in STC entered by businesspeople, a decision generally criticized by the Spanish scholars. This work approaches this decision and other aspects of the STC in the B2B context without assuming the need of these controls. The basis for the work is both the real experience of STC in the B2B context, through empirical studies, and the compared experiences, paying particular attention to the internal critics to the German system, traditionally considered the model regulation.

After this review, we considered the reasons for and against the introduction of content controls and we review the important differences in the positions of the businessperson and consumer as signatories of STC. We also review the scholar and legislative proposals formulated in the last years in Spain which we do not find fully satisfactory. We introduce, as a conclusion to the work, a *legislative* proposal that is articulated around a regulation of the STC in each contract type, complemented by a closing provision for those matters not specifically regulated. This closing provision would allow the introduction of content control, requiring both parties to act in good faith. Therefore to apply content controls, the party that sets out the STC needs to have breached its obligation to act in good faith, but also provided that the other party has acted in good faith when accepting the STC.

ABREVIATURAS

APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
ADC:	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
AGBG:	Ley alemana de regulación del derecho de las condiciones generales de la contratación” (<i>”Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”</i>), de 9 de diciembre de 1976, incorporado al BGB como artículos 305 y ss. en virtud de la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001.
B-CDE	Código de derecho económico de Bélgica (<i>Code du droit économique/ Wetboek van economisch recht</i>), de 28 de febrero de 2013.
BGB:	Código Civil (<i>”Bürgerliches Gesetzbuch”</i>) alemán.
CC:	Código Civil.
CdCom	Código de Comercio.
CGC:	Condiciones generales de la contratación.
Directiva 93/13:	Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
LCD:	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCGC:	Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.
LGDCU 1984:	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente hasta el 1 de Diciembre de 2007).
LGDCU:	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LSC:	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
PCC-APDC:	Propuesta de Código Civil, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, de mayo de 2016.
PCM 2013:	Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. 2013.
PCM 2018:	Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. 2018.
PLIT:	Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la XII legislatura (BOCG 10 de noviembre de 2017).
PMDOC:	Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil. Enero 2009.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (vigente hasta el 1 de enero de 2013).
UCTA	Ley de estipulaciones contractuales abusivas de 1977 del Reino Unido (“ <i>Unfair Contracts Terms Act 1977</i> ”), de 26 de octubre de 1977.
UCC	Código Comercial Uniforme (“ <i>Uniform Commercial Code</i> ”) de los Estados Unidos de América, publicado originalmente en 1952.

CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO

1. Motivación y oportunidad del trabajo

1.1. Introducción y situación actual

Transcurridos más de veinte años desde la publicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante “LCGC”) y recaídas en los últimos años multitud de sentencias sobre cláusulas abusivas, la cuestión de las condiciones generales de la contratación (en adelante “CGC”) sigue siendo, como ya decía alguien hace cincuenta años, un tema “siempre candente”¹.

Como señalaba el preámbulo de la LCGC, ésta tenía un doble objetivo: por una parte, “trasponer al ordenamiento español la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos entre consumidores” (la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores “Directiva 93/13”), y por otra, “realizar una primera regulación completa en nuestro país de las CGC”.

Mientras que el primer objetivo pudo considerarse cumplido, aunque no de manera brillante², el segundo recibió desde el principio amplias críticas por muchos motivos. El principal era que la LCGC, pese a tener un amplio ámbito subjetivo que consideraba que los adherentes pueden ser tanto consumidores como profesionales³, no establecía un control del contenido de las CGC en el tráfico entre estos últimos. Como se puso de manifiesto desde el comienzo de la tramitación parlamentaria, con esta opción del legislador se le quitaba gran parte de su razón de ser. Como una comentarista expresó gráficamente después, “para este viaje no hacían falta estas alforjas”⁴. El texto fue, y sigue siendo, criticado por la doctrina de

¹ CARNICERO Y ESPINO, J., “Recesión sobre el libro de M. GARCIA-AMIGO: Condiciones generales de los contratos (Civiles y Mercantiles)”, en *ADC*, año 1969, fasc.1, p. 165.

² Así, hubo que modificar los requisitos de inclusión por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

³ Respecto a la categoría que a veces se queda como intermedia entre los consumidores y los empresarios, la de los inversores, la trataremos con más detalle en el Capítulo 7.

⁴ GETE-ALONSO CALERA, M. J., “Comentario al Art. 8”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, p. 86.

forma casi unánime a este respecto⁵ ya que generaba “desconcierto y frustración” cuando no términos más gruesos⁶, culpando de ello a “las sugerencias ultraliberales de la CEOE”⁷.

Voces muy autorizadas de la doctrina (en particular, la más insistente sobre el tema en los últimos años es la de ALBIEZ DOHRMANN⁸) vienen reclamando repetidamente la necesidad de proteger a los empresarios. Así incluso se contempla en algunas propuestas prelegislativas que luego analizaremos.

Sin embargo, se echa en falta, tanto antes de la LCGC como en estas últimas propuestas, un auténtico debate sobre las especificidades de la contratación entre profesionales bajo CGC y las implicaciones de su regulación. Dada la omnipresencia de las CGC, la inclusión de un control del contenido a las CGC entre profesionales implicaría importantes consecuencias en nuestro derecho contractual y en la realidad empresarial. Una porción mayoritaria de los contratos entre profesionales pasaría a estar sometidos, según algunas de las propuestas antes mencionadas, a un control de contenido mediante una cláusula general de “buena fe”.

Este trabajo pretende no centrarse en la regulación de control de contenido entre profesionales, por mucho que sea probablemente la cuestión más importante, sino también tratar la cuestión de las CGC entre profesionales de una forma amplia. El uso de las CGC entre profesionales parece presentar algunas características y problemas propios que exceden de la cuestión de los controles de contenido. Ésta es la materia que ha recibido mayor atención por la doctrina (de forma justificada), pero ha sido en detrimento, tal vez excesivo, de otros aspectos que pueden ser también relevantes o que pueden permitir planteamientos distintos respecto al propio control de contenido.

⁵ Para un panorama global de las críticas casi unánimes a este respecto puede verse, a modo de resumen, entre otros, CUESTA RUTE, J. M., “Contratos Mercantiles”, Barcelona, 2009, p. 56 y ss.

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 8. Nulidad” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, p. 268.

⁷ Por ejemplo, entre otros, MIQUEL GONZÁLEZ (cfr. MIQUEL GONZALEZ, J. M., “Comentario al artículo 8”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* dirigida por A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 2002, p. 434).

⁸ Este autor tiene un amplio número de trabajos al respecto, pero probablemente el más completo es ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Cizur Menor, 2009. Asimismo es de destacar su traducción de la AGBG (ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Ley alemana para la regulación del derecho de las condiciones generales del contrato (AGBG) de 9 de diciembre de 1976”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 1, 1983, pp. 123-134.

Hoy en día contamos con una importante experiencia en la aplicación del control de cláusulas abusivas con consumidores por nuestros tribunales. Como consecuencia de la masiva litigación relativa a contratos con CGC en el ámbito financiero principalmente, las sentencias de juzgados de primera instancia sobre algunas materias (cláusulas suelo, préstamos en divisa, cláusulas de vencimiento anticipado, etc.) se cuentan por miles. La existencia de este vasto cuerpo de sentencias, y las que aún están por venir, aunque no constituyan jurisprudencia en sentido estricto, nos permiten apreciar los efectos que la regulación de las CGC tiene en la contratación en general. La jurisprudencia dictada o las modificaciones legales inducidas por ella han transformado las condiciones de la práctica contractual en múltiples sectores además del financiero.

Es verdad que la contratación con profesionales se ha mantenido más bien al margen de esta tónica general y si bien se había producido alguna apertura por parte de los tribunales respecto a ampliar su protección a los profesionales, en particular respecto al control de transparencia, el Tribunal Supremo decidió adoptar una postura más conservadora, que cerró esa puerta. Probablemente, intuyendo los efectos que una ampliación de este tenor podía tener, en su conocida Sentencia de 3 junio de 2016⁹, nuestro Alto Tribunal decidió que el control de transparencia estaba reservado a la contratación con consumidores, sin posibilidad de extenderlo a los profesionales adherentes.

Regular la materia de las CGC e introducir nuevos controles puede llevarnos a cambios de hondo calado en la contratación y actividad empresarial. Aunque los efectos de una mayor transparencia y de una mayor justicia en el tráfico mercantil, y también una mayor seguridad, pueden ser beneficiosos para la contratación y para la economía, la introducción de un control mediante una cláusula general puede generar tensiones en el principio de seguridad jurídica que tampoco hay que desatender¹⁰.

⁹ STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769).

¹⁰ A este respecto, la LCGC ha sido acusada de tener en demasiada estima la seguridad frente a la justicia. Entre varios otros, véase la crítica de MIQUEL GONZÁLEZ (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentarios al art. 8”, en VVAA, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigido por A. Menéndez Menéndez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, y J. Alfaro Águila-Real, Civitas, Madrid, 2002, p. 471) sobre la excesiva consideración que el legislador tuvo a la seguridad jurídica, en perjuicio de la justicia, en la elaboración de la LCGC, en particular la crítica a la supresión de las “cláusulas sorprendentes”.

Al mismo tiempo, el tema del control del contenido, con ser tal vez el más relevante, ha eclipsado otras cuestiones y problemas propios del uso de CGC entre profesionales. Entender mejor el funcionamiento de las CGC entre profesionales —y, sobre todo, las diferencias de posición contractual entre los adherentes consumidores y los adherentes profesionales— podría permitirnos ver la cuestión del control de contenido desde una perspectiva distinta. Por ejemplo, son muy relevantes, pero no han recibido la misma atención, el concepto de lo que es una CGC y cuándo estamos ante una cláusula efectivamente negociada con las particularidades de la práctica entre profesionales. Lo mismo podríamos decir de los controles de incorporación y otros extremos que luego veremos en este trabajo. También han quedado en un segundo plano las consecuencias de la aplicación de los diversos mecanismos de control, donde se da por hecho que las fórmulas aplicables a los consumidores (no incorporación, nulidad, etc.) sean las aplicables en todo caso. Algunas de estas materias han tenido muy poco tratamiento por los tribunales y han recibido una atención moderada por nuestra doctrina, pero pueden resultar muy relevantes a la hora de considerar la materia en conjunto.

1.2. La necesidad de protección de los profesionales

La necesidad de protección ante las CGC de los profesionales, en particular de los pequeños y medianos empresarios, mediante controles de contenido, se considera prácticamente una premisa fuera de discusión en algunos ámbitos. Es, simplemente, una base de la que partir, siendo objeto de debate el cómo de esa protección¹¹. Durante la tramitación parlamentaria de la LCGC, se presentaron varias enmiendas en ambas cámaras que pretendían proteger a los empresarios y extender a ellos el control del contenido con el conocido argumento —que también se incluye en el Preámbulo de la LCGC— de que “*esto*

¹¹ Por ejemplo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO resalta “resulta evidente que tales abusos también se producen entre profesionales cuando las posiciones contractuales entre predisponente y adherente son notablemente desiguales. Y no hay razón para prescindir de toda protección del contratante débil en tales casos” (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentario al art. 8” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, p. 265. Entre las aportaciones más recientes podemos considerar la ya repetida voz de ALBIEZ DOHRMANN, como bien señala el propio título de alguna de las obras (*La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*) y de MATO PACÍN, pues, como se detalla y resume en el prólogo del mismo trabajo por SANTOS MORÓN “*La idea de la que parte la autora es que el déficit de autonomía y libertad contractual que caracteriza el proceso de celebración de los contratos con condiciones generales justifica la existencia de un control de contenido dirigido a garantizar que el resultado negocial sea similar al que se hubiera alcanzado de haber existido verdadera autodeterminación*” (SANTOS MORÓN, M. J., “Prólogo”, en MATO PACÍN, M. N., *Cláusulas Abusivas y Empresario Adherente*, Ed. BOE, 2017, p. 18).

no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante” (LCGC, EM, párrafo 8). Sin embargo, dichas enmiendas se rechazaron con el argumento, igualmente genérico, de que “*podría introducir un factor de rigidez no aconsejable desde una perspectiva de competitividad empresarial*”¹².

La decisión del legislador de 1998 ha contrastado de forma repetida con la doctrina que en los distintos anteproyectos de ley sobre condiciones generales de la contratación se mostraba favorable a la inclusión de los profesionales en su ámbito subjetivo y en los controles del contenido de las CGC a todos los contratos¹³.

A pesar de que tanto en el Dictamen del Consejo de Estado como en la Memoria que acompañaba el Anteproyecto de LCGC se hablaba de “debate”, no hemos encontrado pista de argumentos negativos en nuestra doctrina previa, donde la posición es bastante clara a favor de los controles¹⁴. Sí se había dado esta discusión en su día en otros países, como en Alemania¹⁵, actualizada en los últimos años ante los posibles excesos en su regulación o aplicación práctica. Igualmente, el debate, con voces a favor y en contra, se ha producido en el Reino Unido o Australia durante la tramitación hace unos años de una iniciativa prelegislativa similar¹⁶.

Probablemente influye en esta posición el indudable prestigio del que goza entre nosotros y en otras partes de Europa la legislación alemana sobre CGC —*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (“AGBG”) — en su versión original y actualmente incluida directamente en los artículos 305 y ss. del Código Civil alemán (“BGB”). Su carácter pionero en la materia y su amplia experiencia sobre su aplicación contribuyeron a asentar la AGBG como, para muchos, el modelo a adoptar. Dicha norma había influido ya de manera decisiva no sólo en la propia Directiva 93/13 (aunque

¹² Memoria del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, p. 87.

¹³ Entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 41 y ss.

¹⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Comentarios al art. 8”, en VVAA, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigido por A. Menéndez Menéndez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, y J. Alfaro Águila-Real, Civitas, Madrid, 2002, p. 440.

¹⁵ Véase al respecto ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 175.

¹⁶ En el Reino Unido la consulta realizada conjuntamente por “*The Law Commission*” y “*The Scottish Law Commission*”, a la que más tarde hacemos referencia, se planteaba como objeto de debate y opinión la posibilidad de extender el control del contenido de las CGC también a los contratos entre profesionales.

atemperada por la tradición francesa), sino también en la regulación de países como Holanda, Austria y Portugal, entre otros. Como luego tendremos ocasión de ver más en detalle, en la AGBG —actualmente el BGB— se establece un control del contenido de los contratos mediante una denominada cláusula general que los somete al control de “*Treu und Glauben*” (buena fe) y “*unangemessen benachteiligen*” (desequilibrio de prestaciones) que se complementa, para los contratos concluidos con consumidores, con una lista “negra” de condiciones siempre prohibidas, y otra lista “gris” de condiciones que pueden resultar nulas según las circunstancias.

En este contexto no deja de ser curioso que no se encuentran peticiones por parte de las asociaciones empresariales para regular las CGC entre profesionales ni modificar el marco legal existente. Obviamente, dada la diversidad del mundo empresarial, podríamos pensar que eso sucede por el “dominio” de las grandes empresas, que suelen ser también los grandes predisponentes, o de las asociaciones empresariales. Sin embargo, tampoco entre las asociaciones de pequeños empresarios o de autónomos se detectan voces, al menos que se oigan fácilmente, que pujan por la regulación o igualdad de tratamiento en cuanto a las CGC entre empresarios. Así pues, el estandarte de este debate queda en la doctrina y en los despachos de abogados, que buscan en la defensa de los pequeños y medianos empresarios, además de una causa que consideran —sin duda alguna— justa, una buena oportunidad de negocio.

Confrontada esta idea de necesidad de protección, y sus efectos prácticos, con el desempeño profesional de los abogados que trabajan normalmente en la contratación entre profesionales, la cuestión resulta bastante más compleja y la necesidad de protección no resulta tan evidente, al menos en muchos casos. Las cuestiones que este tema le suscitan a un abogado que trabaja habitualmente en la contratación entre empresarios son muchas. Cabe preguntarse si existe un deber del adherente profesional de intentar negociar un contrato, o al menos contratos de cierta relevancia, o se debe proteger a un adherente cuando decide no negociar un contrato, teniendo capacidad de hacerlo, por los costes y esfuerzo que supone. Cuando consideramos los deberes de información del predisponente de ser transparente, ¿debe existir un deber recíproco de informarse razonablemente, leyendo el contrato y consultando, al menos en determinados casos, a un profesional financiero o abogado?; O, en otro orden de cosas, surge la duda de si se debe proteger a un pequeño empresario frente a otro de tamaño similar que use CGC. Las preguntas son muchas y las

respuestas no son siempre tan obvias o fáciles como, desde una cierta distancia, puede parecer.

1.3. Un paso atrás: la revisión de la cuestión de las CGC desde el contexto de la contratación entre profesionales

Ante estas cuestiones, y a la hora de plantearse la regulación de las CGC en el tráfico entre profesionales, nos parece que puede ser útil dar un paso atrás, algo que haremos varias veces en este trabajo, y revisar las CGC no de manera general (es decir con independencia de las características subjetivas de los adherentes), sino, al contrario, hacerlo específicamente desde la perspectiva de la contratación entre profesionales.

Está claro que el fenómeno de las CGC no es exclusivo de este tipo de contratación y que éstas tienen su fundamento y lógica dentro del derecho de contratos, como una forma de determinación del contenido del contrato. Tal forma es teóricamente neutra respecto a su contenido, y existen en la contratación ejemplos de CGC equilibradas, transparentes y bien redactadas que no merecen reproche alguno. Las ventajas respecto al ahorro de tiempos y costes para todos los contratantes son igualmente aplicables con independencia de las características del adherente. Pero como la experiencia demuestra, por sus propias características las CGC suponen un factor o elemento de “riesgo” para imponer condiciones mucho menos neutras. La conjunción de sus elementos esenciales configura una mezcla que, ya desde hace mucho tiempo, se considera cuando menos sospechosa o merecedora de atención en el ámbito contractual. La ausencia de un proceso negociador (o al menos la apariencia de falta de disposición a ese proceso), combinada con una redacción previa por parte del predisponente (que puede escoger regular aquellas cuestiones de y en su interés) y su uso más o menos generalizado (que permite justificar la inversión de mayor tiempo en su preparación), cobran así en su conjunto un significado distinto del de cada uno de estos elementos por separado.

Ese riesgo, sin embargo, puede tener una lectura diferente en el contexto en que se da la contratación entre profesionales. Tres de estos aspectos que pueden destacarse son la situación peculiar del profesional en cuanto titular de una actividad económica organizada, el tráfico mercantil general y la situación de los mercados en que se insertan los contratos.

En primer lugar, hay que considerar la posición propia del profesional y el papel que los contratos desempeñan en su organización. El desarrollo de una actividad económica de

forma profesional implica la existencia de una organización y proceso productivo propios y la asunción del “riesgo y ventura”, con las obligaciones, y posibles ganancias, que conlleva¹⁷. Los contratos, muchos de ellos bajo CGC, son un elemento esencial de la actividad profesional de los profesionales y parte integrante de su organización. En algunos casos los mismos contratos son la base que da forma y condiciona toda la organización profesional. Por ejemplo, no se pueden entender sin sus contratos con CGC los negocios de franquicia o la distribución o agencia comerciales. Son los correspondientes contratos los que realmente definen y condicionan una parte muy relevante de la estructura organizativa de estos negocios, generando además relaciones de dependencia entre franquiciador y franquiciado. En otros casos, la relevancia no es tan extrema y, junto a un grupo de contratos de gran importancia para el profesional, aparecen otros de mucha menor relevancia. En muchos casos, el profesional no tiene gran interés en dedicar tiempo y esfuerzos a su negociación por su bajo importe o poca frecuencia en su práctica comercial o por presentar *a priori* poco riesgo o implicaciones para la organización en su conjunto. Muchas veces, y de forma probablemente justificada, el profesional se comporta respecto a estos contratos de modo no muy distinto al de los consumidores. En cualquier caso, el profesional tiene, o puede tener, una situación, responsabilidad y estándares de comportamiento propios que pueden afectar a la configuración de sus derechos y obligaciones respecto a las CGC. El profesional desarrolla un papel en el mercado y por lo tanto acepta un riesgo de operar en él.

En segundo lugar, hay que atender al tráfico mercantil en el que se inserta la contratación entre profesionales. No se trata de considerar las CGC entre profesionales como una categoría separada y propia de la legislación mercantil, como parecía establecer la propuesta del Código Mercantil de 2013 que luego veremos en más detalle. Pero el tráfico mercantil (sin querer ahora entrar en polémicas respecto a su amplitud) constituye el contexto más inmediato en el que se van a situar una parte importante de los contratos con CGC entre profesionales. Tiene éste unos principios que complementan los generales del Código Civil, que tampoco podemos obviar.

¹⁷ No queremos entrar en la larga discusión doctrinal sobre si es necesario o no en el empresario (nuestro profesional) la presencia del “ánimo de lucro”. La generalidad de la doctrina actual entiende que éste no es un elemento necesario para poder hablar de empresario. Sin embargo, sí que hay que tener en cuenta que la mayoría de los profesionales van a tener ese ánimo subjetivo de lucro o beneficio, y los contratos y las CGC pueden muchas veces tener un papel determinante en ello. Trataremos más adelante con más detalle la cuestión de la finalidad de la actuación de los profesionales.

Y, por último, es igualmente relevante considerar las situaciones competenciales de los mercados en que se insertan, sin las cuales no pueden entenderse las CGC y muchos de los problemas que estas plantean. Así, son especialmente dignos de tomarse en consideración la existencia o no de competidores y las alternativas para la contratación de un bien o servicio. Es igualmente relevante la ausencia de un mercado propio de CGC, es decir, la falta de competencia sobre estas mismas CGC, que, en última instancia, lleva a la estandarización de las CGC dentro de un sector.

Todos estos factores deben ser tenidos en cuenta, y no únicamente la situación puramente contractual individual, para poder valorar en su justa medida las cuestiones relativas a las CGC entre profesionales.

Se empieza a configurar, pues, una situación de creciente complejidad en la que la repetición en términos genéricos de la “necesidad de protección” de los profesionales ante las CGC, mientras tiene perfecto sentido en algunos casos, en otros no es tan clara. Sin negar, *a priori*, el principio de la necesidad de protección, este estudio se plantea no partir del paradigma comúnmente aceptado hoy, sino considerar la necesidad de manera más detenida desde otra perspectiva. Como muy gráficamente señala BAIRD¹⁸:

*“Los vendedores pueden sacar ventajas con respecto a las condiciones generales, pero pueden hacer eso mismo con cualquiera otro atributo de un producto. Un vendedor me puede vender un ordenador con un microprocesador más barato y lento, de la misma forma que me puede vender un ordenador con una cláusula perjudicial para el comprador de selección de foro en la letra pequeña. De hecho, a primera vista, hay menos argumentos para intervenir en las condiciones generales que en otros atributos del producto. La posibilidad de esconder condiciones en la letra pequeña crea un potencial para el aprovechamiento por parte del vendedor, pero el potencial es modesto en relación a todas las formas en que un vendedor puede aprovecharse de sus compradores”*¹⁹.

Cabe preguntarse, como señalaba este autor, si el problema es, o es principalmente, el uso de las CGC, o si éstas son más bien un síntoma o un indicador de otro problema y no

¹⁸ BAIRD, D. G., “The Boilerplate Puzzle”, en *Michigan Law Review*, 933 (2006), p. 934 (traducción propia).

¹⁹ “Sellers can engage in advantage-taking with respect to boilerplate, but they can do this with other product attributes as well. A seller can sell me a computer with a cheaper, slower microprocessor, just as it can sell me a computer with a bad forum selection clause in fine print. Indeed, at first blush the case for intervention is far weaker for boilerplate than for other product attributes. The ability to hide terms in fine print creates the potential for advantage-taking, but that potential is modest relative to all the other ways that a seller can take advantage of its buyers.”, Baird, D. G., “The Boilerplate..”, op. cit, p. 934.

el verdadero problema. Porque si son solo el síntoma, la introducción de controles puede matizar o atenuar los efectos del problema, pero éstos persisten y generalmente se manifestarán de otra forma (contractual o no). Si es así el tratamiento de las CGC mediante controles más intensos podría no ser efectivo, o serlo solamente en parte de los casos, dejando sin tratar el problema real.

1.4. La posibilidad de soluciones propias para las CGC entre profesionales

Pese a lo expuesto anteriormente, tampoco hay que minusvalorar la necesidad de relaciones equilibradas en el tráfico contractual entre profesionales. Una mayor justicia en las relaciones contractuales entre profesionales sería muy importante y positiva para el propio tráfico eliminaría la desconfianza ante este tipo de contratación y la actividad económica del país, pero hay que tener cuidado en cómo lograrlo de forma eficiente. La introducción de controles, especialmente si se trata de principios muy genéricos, indudablemente tenderá a generar mayor justicia material en el contenido de las relaciones (o debería hacerlo), pero, al mismo tiempo, puede introducir incertidumbres en la contratación. Estas incertidumbres pueden generar, como hemos visto en el ámbito de la contratación entre consumidores, una mayor litigiosidad, abocando a los tribunales a la difícil, o casi imposible, tarea de reescribir los contratos. En otros casos, las partes, especialmente entre las que tienen más recursos o experiencia, pueden buscar fórmulas alternativas (por ejemplo, eludiendo, cuando puedan hacerlo, la elección de la ley española) para evitar el mayor nivel de control sobre CGC. Finalmente, los predisponentes pueden reaccionar trasladando los costes asociados y la incertidumbre directamente a los precios, de tal manera que el adherente acaba sufriendo un efecto económico real, para protegerle de cláusulas potencialmente injustas²⁰.

Por lo tanto, se trata de que las fórmulas no sean simplemente eficaces en términos de justicia, y, si es posible, respecto a la seguridad jurídica, sino que sean además eficientes.

El tratamiento de las cuestiones señaladas puede que no tenga que pasar por usar las mismas fórmulas que tenemos en la contratación con consumidores. Estas normas y

²⁰ El ejemplo más conocido es el de los aparcamientos, que experimentó una subida generalizada tras la aprobación de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, que prohibía cobrar “por hora o fracción”. Es imposible cuando los precios se expresan por minuto, poder comparar con otros aparcamientos cercanos, y cualquier subida de precio es difícilmente detectable salvo para el usuario habitual.

principios suponen el primer y claro referente al tratar este tema, pero también generan problemas²¹. Por ejemplo, en el ámbito de los consumidores, las consecuencias de la declaración de abusividad de una CGC tiene un indudable carácter punitivo, la nulidad absoluta, y unos efectos que, como bien hemos visto en España en el ámbito financiero, van más allá del caso concreto y generan unos efectos para gran parte de los contratos de su clase y pueden generar efectos que resulten perniciosos para la economía en general. Pero en una situación distinta, donde los adherentes profesionales no son una clase uniforme, o, al menos, no tanto como la de los consumidores, y las circunstancias no son las mismas, como luego veremos, se pueden plantear otras fórmulas como la moderación por los tribunales de las cláusulas que no resulten aceptables. Se podría cumplir el objetivo último de justicia con menores efectos perjudiciales para el conjunto de la actividad profesional, generando además menos resistencias en la clase empresarial.

La materia de la contratación bajo CGC entre profesionales es especialmente compleja en cuanto a los intereses en juego, con una realidad amplia y variada. Esto no quiere decir que quienes han tratado en España la cuestión no tengan en cuenta estas dificultades y la práctica de la contratación entre profesionales²². Pero creemos que puede

²¹ De hecho, la mayor protección a los consumidores, solucionados los supuestos más problemáticos, podría haber perjudicado el tratamiento de la teoría general sobre CGC, pues ya señalaba DE CASTRO Y BRAVO cómo las normas de protección del consumidor habían ocasionado un retroceso en la tendencia al abandono de la concepción liberal de la autonomía de la voluntad (DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *ADC*, Vol. 35, fascículo 4, 1982, p. 1065).

²² En la mayoría de los trabajos españoles a los que luego nos referiremos se detectan, o bien referencias a sectores muy concretos (por ejemplo, en el sector de los seguros o en el financiero, especialmente en el ámbito hipotecario), o bien tratan lo que podríamos considerar las dos situaciones extremas de las CGC entre profesionales. Por un lado, la de los pequeños o medianos empresarios (empresarios individuales y pequeñas o medianas empresas) con una situación, al menos desde el punto de vista de la relación contractual estricta, muy similar a la de los consumidores en multitud de ocasiones. En el otro extremo, se suele considerar el caso denominado de las “batallas de formularios”, donde encontramos una lucha por las dos partes, generalmente “fuertes” imponer sus CGC. Los últimos trabajos, especialmente los de ALBIEZ DOHRMANN, por tratar específicamente la contratación entre profesionales sí son más concretos.

Además, en muchos casos encontramos la tendencia a extrapolar conclusiones relativas al derecho de consumo a situaciones, y condiciones extracontractuales, que pueden ser difícilmente equivalentes. En otros supuestos, la experiencia práctica viene en gran medida influida por los supuestos tratados por la jurisprudencia. Aunque la fase patológica del contrato puede ser muy rica y aportar, junto con el problema, el tratamiento, no nos permite hacernos una idea completa de la complejidad del fenómeno. Por eso en este trabajo he optado por partir de conocer mejor la realidad de la contratación entre profesionales con carácter previo a establecer la necesidad de controles, su forma (mediante normas generales o especiales) y alcance, para que sean lo más eficaces y eficientes posibles.

ser útil ir más allá y realizar una aproximación más centrada en el universo de situaciones que pueden darse en la contratación bajo CGC entre los profesionales.

No se nos escapa que es igual de problemático estudiar las CGC desde una visión exclusivamente entre profesionales que centrarnos en la visión únicamente de los consumidores. El de las CGC es un fenómeno general del derecho de obligaciones, y como tal debe abordarse. Sin embargo, creo que, casi como contrapeso, puede aportar algo a esa misma visión conjunta realizar una revisión del tema desde esta perspectiva. Una vez entendido mejor el aspecto de la contratación entre profesionales, se podría visitar el fenómeno de las CGC desde una perspectiva unitaria.

2. Objetivos del trabajo

Se han planteado los objetivos de esta tesis desde la necesidad de encontrar un punto de encuentro entre la realidad de la práctica de la contratación (y de su necesidad de seguridad jurídica) y los planteamientos doctrinales (que buscan una mayor justicia en la contratación).

El objetivo principal es realizar un estudio de algunos de los problemas que se manifiestan en el uso de contratación bajo CGC entre profesionales y, sobre esta base, valorar posibles tratamientos legales de la materia. Se trata de abordar tanto los tipos de control posibles, como el ámbito y las normas en que recoger éstos (normas generales de contratación, de contratación bajo CGC o especiales para determinados contratos). No se trata de negar de partida, como se ha repetido ya, el paradigma doctrinal relativo a la necesidad de protección de los empresarios en CGC mediante la introducción de controles de contenido en la contratación entre profesionales, pero sí de someter este a escrutinio o validación y no dejar de lado otras cuestiones también relevantes.

Este objetivo principal se concreta y desarrolla en los siguientes objetivos específicos, a los que se dedica cada uno de los bloques del trabajo:

1. Conocer mejor la realidad de las CGC entre profesionales y las funciones que dichas CGC cumplen. El entendimiento y aproximación a la problemática de las CGC entre profesionales será tanto más efectivo cuanto más cercano a la realidad comercial de los mismos. Se hace preciso conocer mejor cómo funcionan las CGC en la contratación entre profesionales, cuáles son los problemas que generan, las situaciones personales y sectores en que estos se dan.

2. Profundizar en el tratamiento de la materia, los resultados y experiencia en diversos países y con diferentes aproximaciones, dentro y fuera del derecho de contratos.
Dado que el fenómeno de las CGC como técnica de determinación del contenido contractual está generalizado en todos los países, el elemento del derecho comparado nos permite contemplar una pluralidad de vías de tratamiento a la cuestión de los contratos entre profesionales con CGC. Para ello vamos a revisar cómo los diferentes sistemas jurídicos, incluido el nuestro, han tratado la cuestión. La lista de países no incluye solo los más habituales por ser sistemas de gran relevancia (Francia, Alemania, Reino Unido, EEUU) o presentar soluciones diferentes (Portugal, Australia y Holanda), sino que hemos incluido otros países menos tratados habitualmente (Polonia, República Checa) que ofrecen soluciones no tan diferentes a las españolas. Además, hemos prestado especial atención a las propuestas de unificación del derecho europeo. Aunque resulte inusual, vamos a incluir en este apartado el tratamiento de la materia de las CGC entre profesionales también en España. Encuadrada la LCGC entre otros sistemas, es más fácil entender la postura de nuestro país. Además de las medidas más propias del derecho de contrato, examinaremos la siempre difícil cuestión de la aproximación por las vías de defensa de la competencia.
3. Profundizar en los fundamentos de control de contenido de las CGC y considerar tanto los argumentos a favor de los controles de contenido como aquellos en contra.
Introducir controles o mecanismos legales para tratar la contratación bajo CGC requiere profundizar en cuáles son los problemas sobre los que actuar y los mecanismos más adecuados para resolverlos. Para ello trataremos primeramente los fundamentos teóricos del control de las CGC, usados de forma general en la contratación, su justificación y funcionamiento con independencia del carácter subjetivo del adherente. Intentaremos contraponer los argumentos a favor y en contra, para de alguna forma “recrear” un debate al respecto.
4. Entender mejor las diferencias entre los profesionales y los consumidores como adherentes de CGC. Las CGC no son un fenómeno solo de la contratación entre profesionales, aunque hasta principios del s. XX era mayoritariamente así. El auge de la contratación en masa y el derecho de consumo, como respuesta, ha hecho que el tratamiento de CGC con consumidores haya recibido una mayor atención y

tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinal. Así se constituye como un polo de atracción muy fuerte al que resulta difícil sustraerse.

Partiendo de las similitudes y diferencias de posición personal, volveremos a revisar los fundamentos, funciones y funcionamiento real de las CGC entre adherentes profesionales y “no consumidores”, y profundizaremos en los posibles tratamientos, en particular a la vista de las propuestas en marcha en nuestro país

5. Considerar las propuestas de tratamiento relativas al control de contenido y los últimos desarrollos jurisprudenciales. Desde la labor desarrollada previamente, como cierre del trabajo, se van a considerar las propuestas que doctrinal y políticamente se han realizado en nuestro país en los últimos años de tratamiento de la cuestión de las CGC.

Se trata de ver cómo encajan las conclusiones obtenidas previamente con las principales propuestas de modificación legislativa de los últimos años, y en concreto en la PMDOC (Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos), la PCC-APDC (Propuesta de Código Civil, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil), las PCM 2013 y 2018 (propuestas de Código Mercantil de 2013 y 2018).

6. Ofrecer finalmente una propuesta de *lege ferenda*, en línea con la reciente línea jurisprudencial de “abuso de posición contractual dominante”. Como mecanismo de control flexible que atienda no solo a los derechos, sino también las obligaciones del adherente profesional. Este se concreta en una cláusula general de buena fe del adherente, como resumen de sus deberes de actuación diligente en el proceso contractual, con la flexibilidad para adaptarse a las circunstancias de cada adherente (pequeños, medianos o grandes) y cada contrato.

3. Metodología y procedimientos

Como puede inferirse de los objetivos mencionados, la metodología de este estudio se basa en los procedimientos habituales de investigación en el mundo jurídico, es decir, en las herramientas propias del método histórico, comparativo, exegético, dogmático, etc. Una de las peculiaridades de este trabajo con respecto a las fórmulas más habituales es un fuerte

apego a la realidad contractual del uso de las CGC entre profesionales, como base para todos los demás. Por lo tanto, el elemento sociológico y, en cierta medida, de análisis económico del derecho van a tener una relevancia determinante, puesto que constituyen el punto de partida. Como decía hace ya tiempo GARCÍA CANTERO:

“Deriva de aquí que el sociólogo no debiera aspirar a convertirse en jurista, suplantando su cometido y dictando la ley; Tampoco el jurista que haga uso de los métodos sociológicos no debiera pretender hacer Sociología, sino, únicamente, servirse de ella, en el mejor sentido de la palabra, para mejorar la aplicación de la norma.

Presupuesto lo anterior, conviene añadir que pocas partes hay en el Derecho civil en que, “prima facie”, la colaboración entre juristas y sociólogos puede resultar más fecunda, que la materia de las obligaciones y los contratos.”²³

Para ello, y como peculiaridad de este trabajo frente a lo más habitual en el mundo jurídico, vamos a trabajar sobre los denominados “estudios empíricos”, que luego veremos con más detalle. Se trata de estudios que parten de datos reales a los que se aplican técnicas estadísticas y de análisis que permiten descripciones o extrapolaciones aplicables a un universo más amplio. Aunque presentan algunos problemas metodológicos, creemos que en el ámbito del estudio de las CGC los estudios empíricos pueden sernos de utilidad por diversas razones²⁴.

La primera razón para considerar el uso de estudios empíricos aplicados a las CGC es la existencia de lo que se denomina el “conocimiento anécdota”, la generalización de un hecho o de unos hechos de los que se tiene conocimiento o experiencia directa, que puede que coincida —o no— con la realidad medida de una forma más científica. En efecto, el sentido común nos dice que todos hemos tratado con CGC y que, por lo tanto, tenemos una experiencia e idea previa de lo que son las CGC y los efectos que producen en nuestra vida cotidiana. Estas impresiones son además generalmente negativas, ya que experimentamos constantemente como adherentes los efectos de la “letra pequeña”. Pero, rara vez, si es que

²³ GARCÍA CANTERO, G. “Notas para una sociología de las obligaciones y de los contratos” en *ADC*, , Vol. 32, fasc. 4, 1979, p. 741.

²⁴ “Muchas de las teorías legales y doctrinas consideradas en la doctrina (y fuera de ella) descansan —y a veces de forma precaria— en asunciones clave de tipo empírico. El progreso teórico y doctrinal ayuda a descubrir y hacer cada vez más claras esas asunciones empíricas base” (“Many of the legal theories and doctrines considered in the law reviews (and elsewhere) rest —and some precariously so— upon key empirical assumptions. Theoretical and doctrinal progress helps uncover and make increasingly clear key empirical assumptions.”), en HEISE, M. “The past, present, and future of empirical legal scholarship: judicial decision making and the new empiricism” en *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, p. 827 (traducción propia)

ocurre en alguna ocasión, vamos a experimentar la posición como predisponentes, por lo que nuestra posición es probable que tenga un sesgo natural negativo. Aunque el legislador, la doctrina y los tribunales son conscientes de que la realidad de las CGC es más compleja de lo que nos muestra nuestra intuición y experiencia personal, no es fácil evitar que esta percepción influya en la aproximación a las CGC. Esto es visible no solo en el ámbito académico o en el de una opinión pública, sino también, de manera creciente, en las decisiones judiciales. Se trata de evitar la sospecha automática de abuso que todos tenemos cuando nos enfrentamos a las CGC²⁵ y, en la medida de lo posible, empezar a tratar el tema sobre cómo regular la materia sin formular juicios previos.

La segunda razón es que si en otros ámbitos del análisis de relaciones contractuales podemos considerar exclusivamente las posiciones de los contratantes, en las CGC el elemento “social” es determinante. Por un lado, porque, dado su uso generalizado en la contratación de todo estilo, las CGC son omnipresentes en nuestra sociedad. Por otro lado, y más importante, porque, por definición, se requiere que las CGC hayan “sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos” (art. 1.1., *in fine*, LCGC). Las CGC son parte de una relación contractual concreta, entre dos o más personas —en nuestro caso entre dos profesionales—, pero, a su vez, las CGC como concepto jurídico no pueden concebirse únicamente al nivel de una relación determinada. Por definición solo podemos hablar de CGC si hay un cierto elemento de generalidad, de amplitud del uso del mismo contenido contractual.

La tercera razón es la necesidad de considerar la variedad de situaciones relativas a las CGC que se dan en el ámbito entre profesionales, y no centrarnos en un solo aspecto por muy importante que sea (el del control del contenido). Al abordar las CGC existe el riesgo de no tener una experiencia limitada a un sector de actividad, un tipo de empresas, a los casos “patológicos” tratados en la jurisprudencia. También puede ser que extrapolemos los supuestos de las relaciones de consumo a los profesionales (por ejemplo, los pequeños y medianos empresarios). En estos casos la percepción del ámbito personal nos puede llevar a considerar, que, dado que la situación de estos adherentes profesionales es similar a la de los consumidores, o no tan distinta, deben tener el mismo tratamiento. Pero el mayor riesgo es

²⁵ Se trata de evitar generalidades, como hacíamos hincapié, que pueden resultar luego vacías cuando se contrastan (cfr. BAIRD, D. G., “*The Boilerplate...*”, o.c., p. 934).

centrarnos en esa “necesidad de protección” y en obviar otras muchas cuestiones que se dan en la contratación entre profesionales y que no aparecen, o al menos no de forma tan visible, en la contratación con consumidores, como por ejemplo el modo en que los adherentes se protegen de las consecuencias negativas de las CGC.

Por eso creemos que es útil, antes de profundizar en el estudio del fenómeno, volver a considerar la realidad del uso de CGC entre profesionales, sus condicionantes y sus efectos. Para ello, por un lado revisaremos los estudios existentes y, por otro, realizaremos un estudio propio de la contratación real mediante la revisión de 250 contratos reales de 15 profesionales²⁶. Puede que gran parte el estudio confirme la aproximación y experiencia directa que muchos autores tienen al acercarse a la cuestión, pero tal vez arroje elementos de interés o al menos situaciones que merezcan la pena considerarse de forma específica y que pueden pasar más desapercibidos en otros contextos. Un análisis empírico “presenta el interés de proporcionar una visión complementaria de las características de la contratación que no está presente ni en los estudios teórico-conceptuales ni en los análisis de los casos judiciales”²⁷. No se trata de basar en él las conclusiones, sino de ver el sistema de CGC “en funcionamiento” con la finalidad de plantearnos nuevas e importantes cuestiones²⁸.

4. Estado de la cuestión

4.1. Evolución del debate doctrinal: de la discusión sobre la naturaleza de las CGC a la LCGC

El estudio de las CGC se encuadra en un espacio de intersección o compartido entre el derecho civil y el derecho mercantil, el derecho de contratos. Aunque nuestro estudio se va a centrar en un aspecto concreto —la contratación entre profesionales—, en el fondo se están tratando algunos temas fundamentales de nuestro derecho general de contratos, como es la configuración misma del contrato, los efectos de la manifestación de la voluntad y los

²⁶ No se trata en este caso de realizar un estudio definitivo sobre cuál es la situación, pues este necesitaría abarcar una muestra más representativa de los distintos tipos de profesionales y sectores para justificar una u otra forma de tratar la cuestión. La finalidad de esta revisión es considerar una realidad que normalmente se ve solo parcialmente reflejada en la jurisprudencia (pues por diversos motivos muchas de las cuestiones rara vez acaban en un conflicto judicial que a las partes, por motivos distintos, puede no interesarles).

²⁷ MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Los contratos de compraventa de empresas en España. Un análisis empírico (2013- 2014)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 2016, n.º 299 (Enero-Marzo 2016), p. 176.

²⁸ Cfr. MACAULAY, S., “An empirical view of contract”, en *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 480.

límites de la autonomía de la voluntad. Al mismo tiempo —y tal vez sea una de las diferencias de este trabajo—, al tratar de profesionales, vamos a usar elementos y conceptos más habituales del derecho mercantil, en particular respecto al estatuto y deberes de los profesionales como empresarios.

En España tenemos una larga tradición con importantes e ilustres nombres de civilistas y mercantilistas que han tratado el tema, por lo que escuchar voces tan autorizadas sobre la materia resulta en muchas ocasiones muy esclarecedor; por lo tanto, haremos un breve repaso del tratamiento y enfoque de la materia de las CGC por parte de nuestra doctrina y dónde se encuadra esta investigación.

Como es sabido en una primera etapa del estudio de las CGC entre nosotros (como en otros países), el debate se centró en la admisibilidad y naturaleza de las CGC. Un sector de nuestra doctrina liderado por Garrigues defendió la naturaleza “normativa” de las CGC, bien basado en un supuesto poder normativo de los empresarios para establecer CGC que vincularan a los clientes sin necesidad de su aceptación, o bien aquella que identificaba las CGC entre los usos normativos, en particular los usos de comercio. Más modernamente se propondría una actualización de dichos postulados en el llamado “derecho corporativo”, o las teorías del poder delegado del legislador o, por último, en la existencia de una norma de derecho consuetudinario que señalaría la obligatoriedad de las CGC²⁹.

Frente a esta primera postura se sitúa la tesis contractual, defendida inicialmente en nuestro país por DE CASTRO Y BRAVO³⁰. Esta tesis considera que, dado que no se puede justificar la vinculación a las CGC en ninguna otra fuente del derecho, su obligatoriedad debe basarse en el contrato o, por el contrario, negar validez a las mismas CGC. Las CGC son cláusulas contractuales igual que las negociadas individualmente, y una vez aceptadas, se convierten en contenido contractual. Se desplaza, pues, el debate en torno a la validez de la aceptación del contenido contractual, planteándose si la adhesión constituye una auténtica manifestación de la voluntad o no. Los autores contractualistas no dejan de reconocer, sin embargo, cierta insatisfacción por las limitaciones que impone la aceptación del contrato, en particular respecto al control del contenido de las CGC. Una vez que las CGC pasen a formar

²⁹ Para todas estas teorías cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c. p. 41 y ss.

³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes”, Madrid, Cuadernos Civitas, 1975, pp. 53 y ss.

parte del contrato, si son cláusulas como las demás, no parecería que debiera de existir un control especial de su contenido distinto del de las cláusulas negociadas individualmente³¹.

Sin embargo, y aunque se hayan dado aportaciones más recientes sobre el carácter contractualista o normativo³², este debate dejó de tener relevancia al considerarse generalmente aceptado el principio contractualista, que es el seguido por la propia LCGC³³, y es además coherente con el origen y amplia práctica en el uso de las CGC³⁴.

A partir de este momento, los trabajos en España, en línea con los postulados propuestos en otros países, fundamentalmente Alemania, se centraron más en los aspectos contractuales, en línea además con la evolución del concepto mismo de contrato y, por lo tanto, de la voluntad contractual, en cuyo marco debe entenderse la consideración de las CGC. En este sentido, señala DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN³⁵ que la aceptación de la naturaleza contractual de las CGC significa una consideración del contrato que exige voluntad y libertad de iniciativa, pero también que el resultado incluya “un componente de justicia”. Por ello se aceptaría la validez de las CGC sometida a unos controles especiales. El resultado es que, si bien en los contratos con CGC “no brillaría en todo su esplendor la mítica voluntad contractual”³⁶, no puede negarse su carácter de contrato. En cualquier caso,

³¹ Para todas estas teorías cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c. pp. 84 y ss.

³² Por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL se sumaba al debate con una posible forma de entendimiento de la naturaleza de las CGC, que tendrían una naturaleza meramente declarativa. Éstas se integrarían sólo en el contrato en la medida en que ellas se cristalice el principio de buena fe contractual para el supuesto concreto. La tesis de ALFARO ÁGUILA-REAL es valiosa, pero, en nuestra opinión, conforme a la teoría general del contrato tradicional sigue sin dar respuestas plenamente satisfactorias a la naturaleza de las CGC (Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 93 y ss.).

³³ Así, el párrafo 5 del apartado I de la exposición de motivos de la LCGC define a las CGC del siguiente modo: “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes”, y con más claridad aún, en el propio artículo 1 de la LCGC, que define las CGC como “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes (...)”.

³⁴ Una gran mayoría de las CGC usadas en la práctica entre profesionales no responden a extensos y difíciles cláusulados, que es lo que todos tenemos en mente al pensar en CGC, elaboradas por bancos, compañías de seguros o de servicios públicos, sino que muchas veces se trata de alguna o algunas estipulaciones en contratos muchas veces breves, que por coincidir en ellos las notas de redacción previa, imposición y generalidad en el uso, se convierten en CGC como una cláusula de limitación de responsabilidad incluida en un recibo. Otras veces lo que empieza como una estipulación de un contrato, al generalizarse por el predisponente su uso, acaba convirtiéndose en CGC.

³⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Las Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dir.), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 57-58.

³⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Las condiciones...*, o.c., p. 31.

las CGC —como bien se entendería— planteaban un problema fundamental, que es determinar la existencia o no de auténtica voluntad contractual, y si ésta puede existir³⁷. Examinaremos este tema con más detalle posteriormente. Ahora solo se trata de dar unas pinceladas sobre la evolución del tratamiento doctrinal de la cuestión, y encuadrar el debate en torno a las CGC en el de la evolución del concepto mismo de contrato.

En esta época, en torno a los años 70 y 80, los problemas que plantean las CGC y los mecanismos de control se abordan desde el ámbito contractual, pero no exclusivamente. Así, se destacan las circunstancias mismas que rodean al proceso de formación del contrato, aspectos y riesgos monopolísticos, etc., y los posibles controles administrativos o judiciales previos. Se trata, asimismo, aún de un tratamiento unitario, ajeno en gran medida a la distinción entre adherentes profesionales y adherentes consumidores. Para tratar lo insatisfactorio de los resultados a los que lleva el uso de las CGC, se profundiza y se buscan como límites los instrumentos y principios generales de un derecho contractual que va teniendo una visión cada vez menos liberal: los límites de la buena fe objetiva, los propios del art. 1255 CC y de la legislación no imperativa, el orden público económico, etc. Se siguen en España los debates que se daban en nuestro entorno en especial a raíz de la AGBG alemán de 1975. Ésta tuvo temprano eco en nuestra doctrina, con sus controles de contenido basados en la buena fe y justo equilibrio de prestaciones. Curiosamente, muchas de las cláusulas problemáticas que se planteaba la doctrina en ese momento son las mismas que vemos hoy como potencialmente problemáticas en la contratación entre profesionales: cláusulas limitativas de responsabilidad, plazos excesivamente breves de ejercicio de derechos contractuales, facultades de resolución, etc. Las obras más relevantes sobre la materia en este periodo, además del ya citado trabajo de DE CASTRO y BRAVO, son probablemente las aportaciones de GARCÍA AMIGO en 1969³⁸ y, ya hacia el final del periodo, el trabajo de ALFARO AGUILA-REAL de 1991, ambos resultados de las tesis doctorales de sus autores y vigentes en gran medida.

Obviamente, hacia el final de ese periodo las circunstancias habían cambiado, con un marco económico diferente. Se había producido una considerable evolución del derecho de

³⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Las condiciones...*, o.c., pp. 58-59.

³⁸ GARCÍA AMIGO, M., “Condiciones generales de los Contratos. Civiles y Mercantiles”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

consumo y del concepto mismo de contrato. La ya referida legislación especial alemana, la AGBG desde 1975, ofrecía un modelo de referencia, de intervención profunda en la contratación mediante CGC. Fruto de esa influencia aparecen en España diversos anteproyectos de regulación que luego veremos en más detalle: en particular, los tres anteproyectos³⁹ preparados por la Comisión General de Codificación: un Anteproyecto de 1984, otro de 1988 y, finalmente, el Anteproyecto de 1992.

La promulgación de la LCGC en 1998, con su aún discutida y criticada distinción entre adherentes profesionales y adherentes consumidores (además de ser técnicamente una norma confusa), supuso un paso fundamental. Además de regular por primera vez en detalle la materia⁴⁰, se definía el concepto mismo de CGC, se establecían controles de incorporación y reglas de interpretación, se planteaban las acciones colectivas y se creaba el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Pero faltaba la pieza clave de control del contenido, que se dejaba solo a los contratos con consumidores. La LCGC es entonces objeto de análisis detallado por parte de nuestra doctrina (entre otros, destacamos especialmente los trabajos dirigidos por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁴¹ y el mismo ALFARO AGUILA-REAL⁴² que consideraremos aquí).

4.2. La situación posterior a la LCGC: litigiosidad e iniciativas de unificación del derecho europeo de los contratos.

En el ámbito de contratación entre profesionales y ante la insatisfactoria solución adoptada, se produjeron algunos intentos de ampliación de su aplicación por nuestros tribunales. En algunos casos se optó por la vía de analogía, en otros mediante la aplicación

³⁹ Los Anteproyectos son el de 1984 (que aparece como “Anteproyecto de ley sobre CGC”: Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid 1984”), el reformado de 1988 (publicado en el BIMJ, suplemento a los núms. 1478-1479, de 15 de enero de 1988) y finalmente el de 1991-2 (publicado en “Cinco Días”, 17.7.1992). Sobre la autoría y otros aspectos de dichos proyectos, y otros, véase, por todos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Antecedentes de la ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de Ley”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 82.

⁴⁰ La primera mención, sin embargo, era ya anterior, de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, y ya existía asimismo una regulación parcial en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁴¹ VVAA, *Comentarios a la LCGC*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano, Navarra, 2001.

⁴² VVAA, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigido por A Menéndez Menéndez, L. Díez-Picazo y Ponce de León, y J. Alfaro Águila-Real, Civitas, Madrid, 2002

de la regla *contra proferentem* (apreciando oscuridades en la redacción en circunstancias en que en la contratación con consumidores se habría aplicado directamente el control de contenido por abusividad) o directamente ignorando el carácter de no consumidor de adherentes claramente profesionales.

A partir de este momento, sin embargo, los trabajos doctrinales van a prestar más atención al ámbito de la contratación con consumidores⁴³. La protección de los consumidores asumirá un nuevo y renovado brío a raíz de la crisis económica y los problemas que ésta puso de manifiesto y el aumento de la litigiosidad en todo tipo de productos financieros (en gran parte causado por la comercialización para el consumidor de productos financieros muy complejos con un riesgo muy elevado). En este sector de la contratación los predisponentes hacen un uso muy amplio de las CGC, y se plantearon multitud de casos que afectaban a los consumidores, tales como las cláusulas suelo de las hipotecas, las relativas a la ejecución hipotecaria, el pago de los gastos derivados de la constitución de la garantía hipotecaria, etc. Todos estos, y otros muchos motivos que han prosperado menos, han dado lugar a miles de demandas, especialmente ante las sucesivas decisiones del TJUE sobre los efectos de la Directiva 93/13. Lógicamente, los profesionales —en especial los pequeños y medianos— han buscado ante los tribunales obtener una protección similar a la que tan generosamente se ha reconocido a los consumidores, aunque con bastante menor éxito.

Este renovado interés en la protección de los intereses de los profesionales se ha visto reforzado por los trabajos para una mayor coordinación o unificación del derecho de contratos a nivel europeo e internacional. Es en esta línea en la que se ha renovado el interés de nuestra doctrina por los problemas propios de la contratación bajo CGC entre profesionales, en particular ante la falta de avance de los diferentes anteproyectos

⁴³ Aun así, habría ya en ese momento interesantes propuestas fuera del marco estricto de la LCGC, o, superando éste, como el presentado por BALLUGERA GÓMEZ. Este autor proponía en 2006 un replanteamiento de la cuestión del contrato de adhesión, esta vez de nuevo de carácter unitario, no centrada ni en consumidores ni en profesionales. De entre las muchas y sugerentes ideas, destacaría especialmente su propuesta de que la regulación protectora, lejos de ser una regla especial dentro del Derecho contractual, es una nueva regla general de carácter expansivo que alcanza a todo contrato. Especialmente diferente también es la consideración de que el control de contenido como tal no es tan relevante, porque lo importante es “*también y preferiblemente de aplicación de la norma de equilibrio, la que se realiza por medio de la revisión del contenido contractual conforme a las diversas modalidades de la norma*” (BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, p. 2).

legislativos antes referidos sobre esta materia. La profundización del interés se ha dado fundamentalmente en dos líneas diferentes por la amplitud de su ámbito.

La primera está basada más en tipos concretos de contratos o cláusulas, en particular respecto a la contratación financiera. Se trata de explorar las opciones de actuación que la evolución jurisprudencial y las sucesivas modificaciones legislativas permitían al control del contenido de las CGC entre profesionales, así como a otros aspectos relativos a otras cuestiones, como las formales⁴⁴.

La segunda línea ha buscado ahondar en los problemas que plantea la decisión del legislador de excluir del control de contenido las CGC⁴⁵, y que son los referentes más claros de este trabajo en cuanto al estado de la cuestión. Se trata en todos los casos de excelentes trabajos que cubren la materia de una manera muy profunda y transversal (aunque con una aproximación diferente a la que aquí se desarrolla), y que parten de otros anteriores, no dedicados específicamente a los profesionales, en que se destaca el papel de la buena fe contractual. Dado que estas obras en concreto constituyen el contexto más inmediato respecto al estado de la cuestión donde se plantea este trabajo, trataremos brevemente de destacar algunas líneas o ideas básicas.

Los primeros y más claros referentes son los trabajos de ALBIEZ DOHRMANN, en particular su monografía *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*⁴⁶, pero también otros trabajos y comentarios a propuestas que citaremos más extensamente. Se trata de la obra que más profundamente ha tratado en España la cuestión hasta ahora. ALBIEZ DOHRMANN asume desde el mismo título esa necesidad de protección, si bien tiene en cuenta las diferencias en la situación entre adherentes profesionales y consumidores (“no podemos equiparar la situación del

⁴⁴ Por ejemplo, entre varias otras, GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., “Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por notarios y registradores de la propiedad”, Centro Estudios Registrales, 2007; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., “Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria”. Universidad de Málaga (2016), tesis doctoral pendiente de publicación disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/11779>; o VV. AA., “Cláusulas abusivas en la contratación bancaria vencimiento anticipado, liquidación unilateral de la deuda, intereses moratorios y cláusula suelo”, Editorial Bosch, Barcelona, 2014.

⁴⁵ Quizá el problema radicó en que lo que se presenta como una cierta ventaja, tener una única norma para trasponer la Directiva 93/13 y tratar el problema de las CGC acabó siendo, para la mayoría de la doctrina, una solución insatisfactoria.

⁴⁶ ALBIEZ DOHRMANN K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Ed. Thomson, 2009.

empresario con la de un simple consumidor”⁴⁷), y la compleja realidad de la contratación empresarial, pero su conclusión es que “el que se tenga que distinguir entre empresarios y profesionales a la hora de proteger sus intereses, siendo el grado de protección mayor cuanto menor sea su posición en el mercado, no quiere decir que solo hay que proteger a éstos”⁴⁸. Los trabajos de ALBIEZ DOHRMANN están muy influidos en particular en la experiencia alemana (normativa y doctrinal) y en los avances de propuestas a nivel europeo de unificación de los contratos, que resume y considera en detalle. Su principal propuesta es incluir un control de contenido mediante una cláusula general de buena fe como control abstracto, como propuesta de *lege ferenda*, si bien señala la necesidad de que sea un control diferente menos intenso y más exigente. Asimismo, considera alternativas al control del contenido, fundamentalmente a través de las fórmulas de derecho de la competencia. Todos estos aspectos los consideraremos luego en más detalle.

El segundo trabajo de referencia inmediata en la materia, de MATO PACIN “Cláusulas abusivas y empresario adherente”⁴⁹, tiene como punto de partida igualmente, como otros autores anteriormente, la necesidad de protección mediante control de contenido de ciertos empresarios adherentes. Esta autora justifica esta necesidad en el déficit de autonomía privada presente en la contratación bajo CGC entre profesionales, lo que implica la necesidad de control de contenido ante la diferencia de posición de fuerza relativa entre ambos contratantes. Ante la constatación clara de la decisión del legislador español de no incluir el control de contenido, ni de la efectividad de las normas sectoriales, explora esta autora exhaustivamente los remedios presentes en nuestra legislación general y principios de contratos, en particular en cuanto a la jurisprudencia revisada.

Así se consideran en este trabajo los límites generales de la autonomía de la voluntad, en particular la ley (con múltiples ejemplos concretos), pero también la moral y el orden público. MATO PACIN concluye que “los límites generales a la autonomía de la voluntad se quedan cortos para cubrir todos los posibles abusos en contratos no negociados puesto que, al partir del presupuesto de libertad e igualdad de las partes, el umbral del control es

⁴⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección...*, o.c., p. 270.

⁴⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección...*, o.c., p. 275.

⁴⁹ MATO PACÍN, M. N., *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, ed. BOE, 2017.

menor.”⁵⁰ Se centra esta autora, pues, en recurrir a la buena fe del art. 1258 CC, como norma de control de contenido. Se trata de entender y trabajar con este artículo dentro de la legislación existente, no de introducir cambios legales, como límite que las CGC no podrían desplazar. Pese a que reconoce los riesgos negativos relativos a la indeterminación, amplitud y versatilidad de la cláusula general, concluye que:

“El control que se puede instaurar a través de la buena fe del art. 1258 Cc permitiría, de esta manera, dar una protección general al adherente empresario que así lo merezca frente a los abusos que comete el predisponente aprovechando el especial mecanismo de formación del contrato mediante condiciones generales. Es necesaria la aplicación de un control de este tipo pues, por una parte, está demostrado que no solo el consumidor puede ser contratante débil y, por otra, el recurso al resto del Derecho imperativo vigente no es suficiente para cubrir todos los posibles supuestos de cláusulas «abusivas» que pueden darse en la contratación entre empresarios”.

Es en el contexto, de estas últimas obras en concreto, donde se plantea este trabajo. Nuestra revisión de la materia de las CGC entre profesionales comienza dando en cierto sentido un “paso atrás” con respecto a estos últimos trabajos. Partimos de volver a revisar las características propias, contractuales y extracontractuales, de la contratación bajo CGC entre profesionales, así como sus fundamentos de control. Esto es, se trata de considerar lo que diferencia a esta forma de contratación de las demás para merecer unos controles específicos.

5. Breves precisiones de términos usados

Como ya se ha podido observar, en este trabajo he optado por la utilización de la terminología de la LCGC siendo consciente de sus limitaciones, ya que creo que resulta importante mantener la coherencia con el texto legal. Lamentablemente, el legislador no ha seguido igual opción y ha decidido continuar usando una pluralidad de términos para referirse al fenómeno, en lugar de usar el ya definido legalmente de CGC⁵¹.

He preferido el uso de CGC o “condiciones generales de los contratos” frente a otros utilizados tradicionalmente por la doctrina para referirse, con matices, al mismo o muy similares fenómenos (condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión,

⁵⁰ MATO PACÍN, M. N., “Cláusulas...”, o.c., p. 384.

⁵¹ El legislador parece mantener el uso del término “condiciones generales”, que se había usado en la Ley del Contrato de Seguro (anterior a la LCGC) en el art 54.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, que habla de “*contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios*”. Igualmente la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su artículo 9.2 usa “*contrato de adhesión*”.

contratos en masa, contratos estándar)⁵². Hemos usado en ocasiones otros términos que, aunque cercanos y en algún momento también usados para referirse a las CGC, tienen en este trabajo un sentido distinto y que mencionaremos brevemente. Me refiero a “contratos estandarizados” en el sentido de aquellos contratos usados por un profesional de manera generalizada en su tráfico negocial y que han sido en alguna manera pre redactados, pero que no constituyen CGC, o pueden no serlo, porque les falta la nota de imposición, pues aunque se incorporen al contrato “a propuesta” de dicho profesional, son —o pueden ser— objeto de negociación. Por otra parte, los “contratos de adhesión” serían una categoría más amplia que los contratos con CGC, puesto que aquéllos incluyen también los “contratos con “condiciones generales particulares”, que no son incorporadas a una pluralidad de contratos, sino sólo a un contrato particular.

Igualmente, he optado por el término “profesional”⁵³ para referirme tanto al predisponente como al adherente que no es consumidor, frente al más común de “empresario” o al probablemente más correcto técnicamente de “no consumidor”. Lo hago en el entendimiento de que el profesional en un sentido amplio incluye la noción de empresario, como señala el art. 2.2 de la LCGC, que incluye a toda persona “que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial”. El concepto mismo de empresario no está definido de manera uniforme ni siquiera por la legislación mercantil, y además junto a los empresarios mercantiles podemos hablar de empresarios civiles. Sin embargo nuestro punto de partida es el art. 1 del C. de Com. (“Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.”), cuyo apartado 2 va a crear particulares cuestiones de interés, pues considera automáticamente “comerciante” a las sociedades mercantiles (“Son comerciantes para los efectos de este Código: 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”). Más adelante en este trabajo volveremos sobre la cuestión y los contornos del concepto de profesional.

Por último, nos referimos a “tráfico entre profesionales” para aludir a los contratos entre profesionales, evitando expresamente hablar de “contratación mercantil” por dos

⁵² Véanse al respecto, en particular, como resumen de la situación actual tras la LCGC, PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 16 y ss., y LLODRÁ GRIMALT, A., “El Contrato Celebrado Bajo Condiciones Generales”, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 31 y ss.

⁵³ El concepto de profesional, que es el típicamente empleado en el ordenamiento jurídico francés para referirse a la contraparte de los contratos celebrados por consumidores.

motivos. En primer lugar, para evitar los problemas que la definición de contratación mercantil plantea en cuanto a si se refiere únicamente a los contratos contenidos en el Código de Comercio (y legislación complementaria posterior) y demás cuestiones relacionadas⁵⁴. En segundo lugar, por no separar aún más el objeto de la tesis de su raíz general, que es la de una cuestión general del derecho de contratos, con cuestiones claves relativas a la formación del contrato, los límites de autonomía de la voluntad, etc.

Es verdad que en este estudio además vamos a trabajar con otras muchas herramientas y conceptos propios del derecho mercantil tales como el concepto de , la misma contratación mercantil, el “estatuto jurídico del empresario”, el “riesgo y ventura” propio de la actividad empresarial, los estándares de diligencia del ordenado comerciante, etc.. Pensamos que constituyen elementos clave a tener en cuenta porque no podemos olvidar que los profesionales desarrollan una actividad empresarial. Pero eso no obsta para que, usando estas herramientas, nos centremos en el marco general de los contratos.

⁵⁴ Al respecto, la mayoría de los manuales de Derecho Mercantil ofrecen una visión sobre la materia, en particular el que luego usaremos para otros propósitos.

CAPÍTULO 2: LOS ESTUDIOS EMPÍRICOS SOBRE DERECHO DE LOS CONTRATOS Y CGC

1. Una nueva observación de la contratación entre profesionales bajo CGC como punto de partida

Una de las bases de este trabajo es partir de la realidad del uso de las CGC entre profesionales. En este capítulo, introduciremos el concepto de los estudios empíricos, relativamente poco conocidos en España, y cuáles son sus posibles aportaciones y sus limitaciones, en particular a la materia que nos ocupa. A continuación, revisaremos los estudios empíricos en el ámbito del derecho de contratos y las CGC. Posteriormente, en el siguiente capítulo presentaremos un estudio desarrollado sobre la realidad de la contratación entre profesionales, donde analizaremos una muestra de contratos para analizar la presencia en ellos de CGC y otra información relevante que podemos extraer. Por último, estableceremos una serie de conclusiones provisionales para determinar líneas de trabajo o la actuación que debemos considerar a la hora de abordar el tratamiento de las CGC entre profesionales.

2. Los estudios empíricos sobre derecho de contratos como metodología alternativa de trabajo

Los estudios denominados “empíricos”, aunque no sean desconocidos en el ámbito legal, no suelen aún ser habituales en el tratamiento de problemas jurídicos.

Una primera descripción de lo que se entiende por estudios empíricos en el ámbito legal sería, como señala HEISE⁵⁵, la de aquellos estudios que usan técnicas estadísticas y de análisis aplicadas a datos reales que permiten descripciones o extrapolaciones aplicables a un universo más amplio y que pueden ser verificadas por otros estudiosos. Se usan, por tanto, técnicas de investigación más típicas de la sociología, la economía y la psicología, pero aplicadas directamente al derecho.

⁵⁵ HEISE, M, “The Importance of Being Empirical”, en *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 711, 1999, p. 810, disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/711>.

Aunque tienen precedentes en los años treinta e incluso a finales del s. XIX, su auge se da sobre todo a partir de los años 60 y 70, centrándose en el análisis estadístico de datos relativos a las decisiones judiciales. Hoy en día han ampliado su metodología, incluyendo tratamientos no solo estadísticos⁵⁶, sino también otros de tipo cualitativo, aunque siempre basados en datos. A veces la información que se usa es la contenida en documentos, como resoluciones judiciales o contratos. En otros casos es el resultado de experimentos sobre el comportamiento o las actitudes de un grupo de personas ante un problema⁵⁷. Se trata de un método de trabajo en crecimiento, cuyos trabajos en ocasiones se ven lastrados por problemas metodológicos que impiden en muchos casos poder extraer conclusiones generales más allá de un tipo de contrato o situación concreta⁵⁸. Sin embargo, suponen, con sus limitaciones, una fuente importante de información y de análisis complementaria de otras formas de trabajo en el ámbito jurídico y nos permiten obtener perspectivas diferentes, en particular en ámbitos como el de los contratos o las CGC. Esta aproximación al derecho desde otras disciplinas no es nueva, y el uso de la información y datos de la realidad ha sido generalmente tenida en cuenta por los juristas. Lo diferente probablemente es su enfoque más sistemático, o al menos con pretensión de sistematicidad. En 1979, GARCÍA CANTERO había sugerido precisamente que el ámbito de las CGC debería ser objeto de investigación mediante técnicas empíricas y aun psicológicas:

“... cabría investigar la actitud de los ciudadanos en presencia de tales cláusulas generales impuestas por las empresas de seguros, empresas suministradoras de electricidad, Telefónica, etc.; su grado de conciencia de haber asumido, con la firma del contrato, determinadas obligaciones, su grado de aceptación o de repulsa al tomar conocimiento efectivo de las mismas, su reacción cuando la otra parte contratante las invoca o se ampara en ellas, etc.

Con una óptica de Psicología jurídica, podríamos adentrarnos en el complejo fenómeno moderno de la contratación mediante máquinas automáticas, examinando

⁵⁶ Como señala HEISE ya una de las mayores autoridades de la jurisprudencia estadounidense, el juez del Tribunal Supremo Holmes, que señalaba la influencia futura del “hombre de las estadísticas” en el Derecho +(HEISE, M, “*The Importance...*”, o.c., p. 811).

⁵⁷ Las técnicas aplicadas en estos estudios son diversas, pero fundamentalmente se trata de (a) descriptivos, es decir los que tratan información o datos de contextos determinados, generalmente resoluciones judiciales o documentación contractual, o bien el resultado de encuestas a sujetos relevantes sobre una determinada cuestión; y (b) experimentales, al estilo de los estudios en psicología, que tratan de describir cuál es la tendencia de comportamiento de determinados grupos de personas (normalmente con un “grupo de control”) sobre determinadas cuestiones.

⁵⁸ ZEILER, K., “The future of empirical legal scholarship: where might we go from here?”, en *Journal of Legal Education*, vol. 66, n.º 1 (otoño 2016), p. 81 y ss., disponible en <http://jle.aals.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1367&context=home>, p. 81 y ss.

las modificaciones que introduce en el esquema contractual normal, la solución jurídica que debe darse a los vicios de la voluntad o a los supuestos de incapacidad de los usuarios, el tema de los vicios y defectos de la cosa comprada, etc. Quizá la pregunta fundamental sería: ¿Tienen siempre conciencia los usuarios de estar celebrando un verdadero contrato?”⁵⁹

Muchos de estos temas que se enunciaban en ese momento son precisamente los que veremos que son objeto de estudios empíricos en EEUU, fundamentalmente a partir del comienzo del s. XXI.

3. Estudios y análisis disponibles sobre contratos bajo CGC

En nuestro país no existen estudios empíricos ni sobre el uso de CGC en el ámbito empresarial ni, en general, sobre CGC. Tampoco hay estudios de impacto económico que sirvieran de base para las decisiones de política legislativa contenidas en su día en la LCGC o en las propuestas legislativas recientes que luego veremos.

Esto no quiere decir que quienes han tratado la cuestión de las CGC, y, en particular, las CGC entre profesionales, no tengan en cuenta la realidad. En la mayoría de los trabajos se detectan o bien referencias a sectores de práctica muy concretos como el sector financiero, o cuestiones específicas (“batallas de formularios”, situación de los pequeños y medianos empresarios, etc.). En otras ocasiones los argumentos a favor o en contra se formulan por personas de amplia experiencia práctica y sentido común jurídico. Por ejemplo, decisiones tan relevantes como la de la no aplicación de un control de contenido se liquidaron por parte de los responsables político-jurídicos con el argumento genérico de que “podría introducir un factor de rigidez no aconsejable desde una perspectiva de competitividad empresarial”⁶⁰, percepción que, como luego veremos, puede no estar tan lejos de la realidad como podría parecer. Igual de justificadas podremos encontrar otras afirmaciones e intuiciones de juristas que han tratado la materia, en aspectos como la ausencia de lectura de las CGC o la inexistencia de un mercado de estas. Sin embargo, estas experiencias que emanan de la realidad, sin ser falsas, pueden no darnos toda la imagen o facetas del problema, y creemos que falta abordar de forma más amplia el universo de situaciones que pueden darse en la contratación bajo CGC entre los profesionales.

⁵⁹ GARCIA CANTERO, G., “Notas...”, o.c. , p. 746.

⁶⁰ Diario de Sesiones-Comisiones (Senado) 11 de marzo de 1998, p. 10908.

La falta de estudios empíricos en España sobre CGC tampoco es una situación excepcional, y su uso en otros países tampoco es tan habitual. En general, los análisis empíricos en el ámbito del derecho —en España y fuera— no son todavía vistos como una necesidad, aunque empieza a darse en el ámbito del derecho de contratos un interés creciente y mayor número de estudios en torno a estas materias⁶¹.

Las razones para este número relativamente bajo de estudios son diversas, aunque las principales son la dificultad que supone para académicos y profesionales jurídicos el uso de técnicas e instrumentos de otros ámbitos (herramientas estadísticas, *software*, etc.) y la disponibilidad de datos. Tradicionalmente, el ámbito en que ha habido mayor número de estudios ha sido el de las decisiones judiciales (por la existencia de repertorios y bases de datos de decisiones judiciales), pero no tanto el de los contratos. Sin embargo, la creciente tendencia a obligar a hacer públicas bien determinadas condiciones generales (por ejemplo, en EE. UU. se obliga a las compañías de tarjetas de crédito), bien a contratos en general (por ejemplo, sociedades cotizadas, aquellas que contratan con las administraciones públicas u otras en sectores específicos, etc.) hace previsible que haya más estudios de este estilo en el futuro.

En algunas áreas o tipologías contractuales la información sí puede estar disponible. Por ejemplo, si lo que se quiere es analizar un determinado tipo de contratos (los contratos de licencia de *software*) las empresas suelen ofrecer las CGC a sus clientes o potenciales clientes en internet.

En cualquier caso, hay que hacer notar que los mismos autores de estos trabajos son bastante cautelosos con respecto a las posibles conclusiones de carácter general de sus estudios por diversos motivos:

- (i) porque se refieran a situaciones o sectores muy específicos (contratos de *software*, subcontratación en la automoción, franquicias);
- (ii) por posibles potenciales problemas de representatividad por las muestras usadas (sectores, CGC pero sin tener en cuenta las posibles condiciones especiales); o

⁶¹ En EE.UU, EIGEN realizó una revisión de 113 estudios empíricos relacionados con los contratos en el ámbito de ese país entre 2005 y 2012 (Cfr. EIGEN, Z. J., “Empirical Studies of Contract”, en *Faculty Working Papers 04*, 2012).

- (iii) en el caso de estudios de grupo o encuestas, porque los comportamientos mostrados pueden no corresponder con los que luego se llevan a cabo en la práctica.

4. Trabajos académicos sobre la realidad empírica de contratación bajo CGC, especialmente entre profesionales

Dentro de este contexto existen algunos —no muchos— trabajos específicamente sobre las CGC⁶² que tratan, por ejemplo, contratos de *software* o contratos de distribución de automóviles, y los mismos autores de estos trabajos señalan la importancia y necesidad de trabajar más en esta área⁶³. Respecto a los estudios existentes, éstos se pueden agrupar por cuestiones, por ejemplo, cuáles son las condiciones de determinados contratos (el ámbito más frecuente), cómo perciben los firmantes las cláusulas contractuales, si los leen, etc.

Así, para hacernos una idea, podemos citar, entre otros más recientes, los relativos a las y/o de tribunales competentes ley aplicable⁶⁴ o los relativos a las cláusulas de sometimiento a arbitraje⁶⁵. A continuación, vamos a considerar las conclusiones de estos trabajos en el ámbito de las CGC, tanto las que cubren situaciones de CGC a nivel genérico (con adherentes tanto consumidores como profesionales), como las que se refieren únicamente a adherentes profesionales.

⁶² No se trata de citar aquí todos los estudios, los más destacables son los que luego se tratan en esta sección. Algunos otros, aunque ofrecen interesantes resultados en otros campos, no son significativos a nuestros efectos. EIGEN menciona cinco áreas especialmente objeto de análisis de estudios empíricos y de análisis económico del Derecho respecto a CGC: “(1) análisis de los contenidos de los modelos más comunes; (2) determinando por qué la competencia mayoritariamente no existe entre las firmas que redactan esos contratos; (3) preparando respuestas de los consumidores a las CGC; (4) explorando la interpretación jurisprudencial de dichas CGC; y (5) discutiendo propuestas normativas de cómo los tribunales y la legislación deberían tratar dichos contratos (“(1) analyzing the contents of common form contracts; (2) determining why competition mostly does not exist among firms drafting these contracts; (3) modeling consumer responses to boilerplate; (4) exploring judicial interpretation of these forms; and (5) discussing normatively how courts and laws should handle these contracts”) (EIGEN, Z. J., “The Devil in the Details: The Interrelationship among Citizenship, Rule of Law and Form-Adhesive Contracts”, en *Connecticut Law Review* 2008, vol. 41, n.º 2, p. 385.). El autor cita los estudios en cada una de estas áreas.

⁶³ “Dada la ratio desproporcionada en que las personas firman contratos con CGC respecto a contratos negociados, es claramente necesario más trabajo en este ámbito” (“Given the disproportionate rate at which individuals enter into form-contracts relative to bilaterally negotiated ones, more work in this area is clearly needed”), EIGEN, Z. J., o.c., p. 18

⁶⁴ SANGA, S., “Choice of Law: An Empirical Analysis”, en *Journal of Empirical Legal Studies*, 2014, vol. 11, n.º 4, pp. 894-928, donde se analizan un millón de contratos disponibles en la *Securities and Exchange Commission*.

⁶⁵ DRAHOZAL, C. R. y RUTLEDGE, P. B., “Arbitration Clauses in Credit Card Agreements: An Empirical Study”, en *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, n.º 3, Sept. 2012, pp. 536-566, donde analizan 298 contratos.

4.1 Inexistencia de un mercado de CGC

MAROTTA-WURGLER⁶⁶ ha estudiado diversas cuestiones relativas a licencias de uso de *software*, para lo que tomó en consideración 679 diversos contratos de licencia de uso de *software* de venta *on-line*. Sus conclusiones indican que, en general, las condiciones generales son muy parecidas tanto en segmentos del mercado con alta competencia como en otros con poca competencia. Las CGC ofrecidas por compañías con una cuota de mercado amplia son muy similares a las que tienen poca cuota de mercado, lo que le lleva a concluir que la existencia de un mercado competitivo respecto a los productos no conlleva necesariamente una competencia en las CGC en este tipo de contratos. Esto es importante porque en EE. UU., la aplicación de controles a las CGC está basada en la capacidad de ser conocidas por los adherentes de las mismas, como luego veremos, en particular en el contexto de los contratos del mismo sector. Por lo tanto, al ser las CGC de todos los actores en un determinado sector similares, resulta difícil alegar que dichas condiciones no eran esperables. En otro trabajo similar⁶⁷, analizando las cláusulas de resolución de conflictos de 597 contratos de licencia de uso de *software*, MAROTTA-WURGLER concluyó que el tratamiento dado por los predisponentes a los adherentes era prácticamente el mismo para los adherentes profesionales y para los adherentes consumidores respecto a las cláusulas de resolución de conflictos. Además, estas no parecían, en su opinión, ser particularmente abusivas en cuanto a la elección de foros con un régimen legal⁶⁸.

⁶⁶ MAROTTA-WURGLER, F., “What’s in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Software License Agreements”, en *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 4, n.º 4, Dec. 2007, pp. 677-713), y MAROTTA-WURGLER, F., “Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 5, n.º 3, septiembre 2008, pp. 447- 475.

⁶⁷ MAROTTA-WURGLER, F., “«Unfair» Dispute Resolution Clauses: Much Ado About Nothing?”, en *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 120, 2008, disponible en http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/120.

⁶⁸ En realidad, lo que ocurre es que los predisponentes suelen referirse al foro de su sede social, lo que en España sería considerado nulo en general y abusivo en el caso de contratos con consumidores. Cuando MAROTTA-WURGLER dice que no es particularmente favorable quiere decir que no han buscado un foro que resulte, desde el punto de vista del derecho material o de la práctica, más favorable que el de su sede. Pero eso no quiere decir que sea neutro para los adherentes. El problema de éstos no es únicamente de derecho material, sino, sobre todo, de facilidad para iniciar las acciones legales correspondientes. En este sentido, la sede del predisponente, salvo que coincida con la residencia del adherente, no es una buena opción. Lo que quiere decir cuando señala que no es particularmente favorable es probablemente que podría ser aún peor, por ejemplo alternando leyes de diferentes países y cláusulas de sumisión parcial o alternativa a los tribunales de diferentes países.

Este estudio confirmaría en este ámbito particular, cómo los predisponentes generalmente no compiten con otros, incluso en mercados muy competitivos, en cuanto a las CGC. Más adelante volveremos sobre este tema en detalle, pues tiene implicaciones relevantes en cuanto a la utilización de las normas de defensa de la competencia como forma de tratamiento.

4.2 Falta de lectura y conocimiento de las CGC

En otro trabajo sobre comportamiento real de usuarios (se siguen casi 50.000 usuarios que visitan las páginas web de compra de *software*), BAKOS, MAROTTA-WURGLER y TROSSEN⁶⁹ concluyen que el número de lectores reales de las CGC es mínimo⁷⁰. Es de hecho tan pequeño que hace dudar a los autores del argumento de la “minoría informada”: un grupo de usuarios que lee y discute las CGC y que, en mercados competitivos, sirve para “disciplinar a los predisponentes” o hacer que los predisponentes tiendan a evitar el uso de CGC especialmente gravosas. Este argumento, de la supuesta existencia de la minoría informada, es una de las justificaciones teóricas que se dan en EE. UU. para no regular las CGC.

Ahondando en el tema de la lectura de las CGC, MAROTTA-WURGLER en otro trabajo llegaba a la conclusión de que la lectura de los contratos, con su carácter fuertemente unilateral, tiene poco efecto en la decisión de comprar el producto⁷¹. Las decisiones de compra serían así similares en clientes, con independencia de la lectura del contrato e incluso en un mercado como el *online* donde los costes de acceder a la información son más bajos que en el mundo real. Al no incrementarse el número de personas que leen las CGC (pese a hacer obligatoria la entrega y lectura de las mismas⁷²) este estudio contradice el argumento a veces esgrimido en EE.UU. de que dar más prominencia o acceso a las CGC tiene el efecto

⁶⁹ BAKOS, Y., MAROTTA-WURGLER, F. y TROSSEN, D. R., “Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form Contracts”, en *New York University, Law & Economics Research Paper Series*, Paper No. 09-40, 2009, disponible en http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1443256##.

⁷⁰ Las conclusiones no sorprenden obviamente a casi nadie. Cualquiera puede señalar como factores que seguramente inciden la extensión, la falta de sencillez en la redacción e incluso el tipo de letra que usa el predisponente, además de tratarse muchas veces de contratos necesarios de hecho. No es un hecho aislado, ocurre en otros ámbitos, por ejemplo, en el de los consentimientos informados para los actos médicos que se firman sin leerse de forma habitual.

⁷¹ MAROTTA-WURGLER, F., “Does Contract Disclosure Matter?”, en *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*, vol. 168, N.º 1, marzo 2012, pp. 116

⁷² Como luego veremos la información excesiva puede fácilmente dar lugar a desinformación.

real de limitar o moderar su utilización por parte de los predisponentes, y lo que habría que primar sería su calidad y accesibilidad (por ejemplo a través de un resumen).

La lectura o no de las CGC sí que podría tener un efecto en los adherentes respecto a su comportamiento en la fase de cumplimiento del contrato. En un experimento, FELDMAN y TEICHMAN⁷³ plantearon a los sujetos la posibilidad de cumplir o no con ciertos términos ambiguos de un contrato. Para ello se habían tomado dos grupos: uno al que se le ofrecieron CGC y otro con contratos negociados. Se plantea en el experimento ofrecer a los adherentes comportamientos alternativos que están dentro de lo permitido por una redacción poco clara del contrato. En los contratos suscritos mediante CGC los participantes adoptaban una postura más acorde exclusivamente con su interés que en aquellos que habían sido objeto de negociación, donde mostraban menos tendencia a la unilateralidad de intereses. Según estos mismos autores, este principio confirmaría la regla *contra proferentem*, que en EE. UU. es objeto de doctrina jurisprudencial, en un intento de incentivar el cumplimiento de unos principios legales que coinciden con la intuición moral de las partes.

En sentido parcialmente contrario, sobre la lectura y sus efectos en el consentimiento parecen centrarse los trabajos de PLAUT y BARTLETT⁷⁴, en los que comprobaron la posibilidad de manipular la tendencia a leer las CGC por los consumidores. Llevaron a cabo un experimento de recreación de comportamiento de adherentes en el proceso de compra en internet con estudiantes usando CGC más breves y accesibles para verificar los efectos que tal incremento de lectura tendrían. Para ello, los autores crearon una página web virtual en la que se presentaba a los participantes CGC, antes de contratar un producto, con una versión más breve y visiblemente más sencilla, frente a un grupo de control con el estilo de CGC largas y farragosas. Los resultados mostraron que una redacción más fácil incrementaba los porcentajes de lectura real, aunque eso no parecía suponer que se incrementara su comprensión, que parecía solo mejorar de manera marginal. Ésta sí se conseguía mejorar de manera notable si se ofrecía un resumen de las CGC. El resumen, sin embargo, generaba por

⁷³ FELDMAN, Y., y TEICHMAN, D., “Are All Contractual Obligations Created Equal?”. 5th en *Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, febrero 16, 2011, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1633415>, p. 30

⁷⁴ BARTLETT, R. y PLAUT, V., “Blind Consent? A Social Psychological Investigation of Non-Readership of Click-Through Agreements”, en *Law and Human Behavior*, vol. 36, 2012, pp. 1-23

otro lado, un incremento del rechazo de las CGC. La propuesta del autor no es solo dar con antelación las CGC, sino que se incluya algún tipo de resumen (“las propuestas planteadas de requerir una entrega de las CGC por adelantado tienen sus efectos más positivos en la comprensión de las CGC cuando se unen a un resumen de las condiciones”⁷⁵). Así se puede leer la versión corta y el que lo desee puede tener la información más amplia en el texto completo.

4.3 Contratos entre contratantes profesionales de gran tamaño

Los anteriores estudios hacían referencia a contratos dirigidos a un público amplio, que incluye tanto a consumidores como a profesionales, sin distinción entre las dos categorías en cuanto a los resultados. Sin embargo, sí existen otros estudios relativos a relaciones típicamente entre profesionales, como los de la industria de proveedores de la automoción analizados por BEN-SHAHAR y WHITE, donde se estudian los contratos de empresas como General Motors que “suscribe aproximadamente un millón de contratos de adquisición cada año y por un monto total de \$ 80 mil millones, todos ellos siguiendo un modelo de contrato único con treinta y un párrafos traducido a seis idiomas”⁷⁶. Los autores reconocen que se trata de una industria de una idiosincrasia muy particular que no permite considerar el estudio aplicable a otras áreas. Sin embargo, para este sector, el estudio concluye que la imposición de cláusulas contractuales de beneficio exclusivo y egoísta de una de las partes⁷⁷ se aplica en contratos con contrapartes de gran experiencia sin que ello parezca crear problemas de transparencia (“*unfair surprise*”) o coercitividad (“*duress*”), o, al menos, quejas al respecto. Eso sí, hay otra información relevante respecto a las CGC derivadas de este estudio:

⁷⁵ “Current proposals to require advance disclosure of CTA terms will have their greatest positive effect on CTA comprehension when they are coupled with a summary of terms”. BARTLETT, R. y PLAUT, V., “Blind ...”, o.c., p. 18.

⁷⁶ “General Motors, for example, enters into roughly one million procurement contracts every year, at a total amount in excess of \$80 billion - all governed by a single contract form containing thirty-one paragraphs, translated into six languages”. BEN-SHAHAR, O. y WHITE, J. A., “Boilerplate and Economic Power in Auto-Manufacturing Contracts”, en BEN-SHAHAR, O. (Ed) *Boilerplate: The Foundation of Market Contracts*, Cambridge Univ. Press, 2007, p. 31.

⁷⁷ Tanto, que en algún punto los autores consideran que ese excesivo desequilibrio ponía en riesgo la validez del contrato mismo.

- 1) Las CGC se usan generalmente en contratos de larga duración sometidos a procesos de concurrencia, mientras que los contratos negociados suelen ser contratos más específicos y de menor duración.
- 2) Las CGC de las empresas adquirentes presentaban entre sí, para sorpresa de los autores, una diversidad de cláusulas muy relevante.
- 3) Las CGC son relativamente sencillas y están redactadas en un lenguaje muy accesible, pese a la experiencia de las contrapartes que lo van a leer.
- 4) Las CGC no se restringen únicamente a la relación entre predisponente y adherente, sino que tienden a trasladarse a otras relaciones en la cadena de producción. Así, el adherente que ha aceptado las CGC impone a menudo mediante sus propias CGC las mismas condiciones, trasladando las cláusulas aceptadas a sus proveedores tratando de reducir o repartir sus riesgos. Así pues, las CGC en ocasiones muestran cadenas, casi “genéticas”, que siguen la cadena de producción.
- 5) Se descubren excepciones relevantes al fuerte carácter pro redactor las CGC, como las relativas a los contratos con firmas de tecnologías de la información (sin que los autores sepan muy bien por qué). Se trata de un aspecto que luego volveremos a ver en nuestro propio estudio con profesionales que prestan servicios especializados.
- 6.) El estudio de las CGC muestra la relevancia que el sistema de organización interna juega en la preparación de las CGC. Tradicionalmente se considera que las CGC son consecuencia de la preocupación de la organización de mantener el control jerárquico en el contenido de los contratos, mientras que el estudio parece demostrar que esa existencia de un orden jerárquico es el instrumento que se utiliza para imponer las CGC. Si éstas no se pueden modificar sin involucrar a la cadena de mando, en ocasiones a un nivel muy superior, se evita que las CGC puedan en absoluto modificarse.

Por su parte, GULATI y CHOI (y POSNER y SCOTT en las publicaciones más recientes) han trabajado en una serie de estudios⁷⁸ sobre el mercado de los bonos soberanos

⁷⁸ GULATI, G. M y CHOI, S. J., “Innovation in Boilerplate Contracts: An Empirical Examination of Sovereign Bonds”, en *Emory Law Journal*, vol. 53, 2004, pp. 930-996; GULATI, G. M y CHOI, S. J. “An Empirical Study of Securities Disclosure Practice”, en *Tulane Law Review*, vol. 80, 2006, pp. 1023-1108, disponible en https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1852/; y CHOI, S. J., GULATI, M. y SCOTT, R. E., “The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate”, en *Columbia*

emitidos por estados y suscritos por inversores sofisticados (otros estados, fondos de pensiones, etc.). Aunque en España este tipo de documentos no serían CGC, los estudios son sugerentes en cuanto al proceso de estandarización contractual o estandarización de contratos. Los artículos se centran, con propósitos distintos para cada uno de ellos, en los procesos de modificación e innovación de las cláusulas consideradas estándar (*boilerplate*) que se repiten de manera habitual en dichas emisiones, y los actores que los desarrollan.

Los supuestos contemplados en los trabajos nos hacen plantearnos el concepto mismo de CGC: si podemos considerar que las cláusulas habituales, “estándares de la industria” o “boilerplate” son o no CGC. Los emisores de dichos documentos en general no buscan establecer *ex ante* unas CGC, sino que van repitiendo el contenido de todo o parte de las mismas de forma reiterativa en sucesivas emisiones propias. Estas cláusulas empiezan siendo repetidas como “fórmulas rituales”, cuyo significado muchas veces resulta difícil de explicar, y acaban, como gráficamente se definen, “incrustados” en los contratos. Al considerarse “cláusulas estándar”, raramente son objeto de discusión, incluso cuando son objeto de variaciones⁷⁹. Además, los documentos son generalmente desarrollados por un grupo relativamente reducido de despachos de abogados en determinadas jurisdicciones (Londres, Nueva York)⁸⁰ que repiten (o más bien copian) el uso de “textos” o “modelos”, muchas veces los mismos para clientes distintos (y a veces con intereses distintos o divergentes)⁸¹, sin ánimo específico de establecer un marco general o CGC.

Situaciones similares se dan en un amplio espectro de la contratación empresarial, en particular en sectores altamente especializados, como los de los mercados financieros,

Public Law Research Paper No. 14-527, 2016), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2835681>; CHOI, S, GULATI, G. M y POSNER, E. A., “The Dynamics of Contract Evolution”, en *University of Chicago Institute for Law & Economics Online Research Paper* No. 605, 2012, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2093598> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2093598>; y CHOI, S, GULATI, G. M y POSNER, E. A., “Variation in Boilerplate: Rational Design or Random Mutation?”, en NYU School of Law, *Public Law Research Paper* No. 16-34; disponible en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1996.

⁷⁹ CHOI, S, GULATI, G. M y POSNER, E. A., “Variation...”, o.c. p. 3.

⁸⁰ CHOI, S, GULATI, G. M y POSNER, E. A., “The Dynamics...”, o.c., p. 16.

⁸¹ Ver RICHMAN, B. D., “Contracts Meet Henry Ford”, en *Hofstra Law Review*, vol. 40, n.º 77, 2011, p. 78, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1988991> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1988991>.

bancarios, la construcción, la energía o incluso la compraventa de empresas⁸². En esos mercados, los contratos o bien siguen formularios o modelos establecidos internacionalmente o tienen un número importante de cláusulas de carácter habitual, estandarizadas o de estilo. Tampoco se puede desdeñar la relevancia del papel que desempeñan dichos despachos de abogados en llegar a crear ese “estándar”⁸³. En el ámbito anglosajón estas fórmulas se empleaban ya desde el s. XIX en determinados mercados de materias primas. En la actualidad, podemos encontrar entre ellos los contratos FIDIC, los modelos de derivados ISDA, el contrato CMOF, o los modelos de la *Loan Market Association*, todos ellos de uso habitual en España entre empresarios con gran experiencia, y sobre los que más tarde nos detendremos más en detalle. Se ve en estos estudios el problema de la falta de originalidad en la redacción de contratos, especialmente reseñable con el uso de las tecnologías que permiten no solo conocer, sino traspasar en unos segundos cláusulas o secciones enteras de un contrato a otro, sin consciencia de las posibles consecuencias de dicha acción desde el punto de vista de la materia que nos ocupa.

4.4 Estudios sobre contratos específicos: contratos de franquicia

Otro ámbito de contratos entre profesionales comúnmente celebrados bajo CGC que ha recibido atención ha sido el de los contratos de franquicia. Citaremos dos trabajos: uno de J.E. BERCOVITZ⁸⁴, y otro —más cercano a nosotros— preparado por SOLÍS RODRÍGUEZ y GONZÁLEZ DÍAZ, sobre las cláusulas objeto de negociación (o no) de contratos de franquicia en España⁸⁵.

Estos últimos autores analizan 74 contratos de franquicia, en los que identifican 157 posibles tipos de pactos contractuales que muestran una gran diversidad y heterogeneidad de las cláusulas, lo que sorprende a los autores. Una de sus principales conclusiones es que los contratos no están equilibrados en cuanto a las obligaciones de los franquiciadores y los

⁸² ANDERSON, R. y MANNS, J. D., “*Boiling Down Boilerplate in M&A Agreements: A Response to Choi, Gulati, & Scott*”, en *Duke Law Journal Online*, vol. 67, 2019, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3327687>

⁸³ GULATI, G. M. y CHOI, S. J., “*Innovation...*”, p. 994.

⁸⁴ BERCOVITZ, J. E. L., “*An Analysis of the Contract Provisions In Business-Format Franchise Agreements*”, en STANWORTH, J. y PURDY, D. (ed.), *Franchising Beyond the Millennium: Learning Lessons from the Past; Proceedings of the 13th Conference of the Society of Franchising*, 1999.

⁸⁵ SOLÍS RODRÍGUEZ, V. y GONZÁLEZ DÍAZ, M., “*Provisions to Be Negotiated in Franchise Contracts: The Case of Spanish Chains*”, en *Journal of Business Administration Research*, vol. 5, n.º 2; 2016, pp. 66 y ss.

franquiciados (lo que obviamente no resulta sorprendente para nadie que haya trabajado con estos contratos). Las obligaciones de los franquiciados se detallan y desarrollan siempre más. Pero tal vez el elemento más relevante del estudio sea la explicación para dicha asimetría. Para los autores, el contrato se configura como elemento clave en moderar las oportunidades de comportamiento oportunista por parte del franquiciado y no del franquiciador, pues es más probable que su incumplimiento por el franquiciado exija de un pronunciamiento judicial. En cambio, las obligaciones del franquiciador serían controladas por otros medios extracontractuales, en particular por el riesgo de pérdida de capital reputacional, que no necesita ejercitarse ante los tribunales⁸⁶.

Otra conclusión, igualmente relevante para nuestros efectos —y que tampoco constituirá una gran novedad para los juristas acostumbrados a interpretar los contratos en su conjunto— es la necesidad de analizar los distintos pactos contractuales en conjunto, pues con frecuencia se encuentran con que el significado de unas previsiones (por ejemplo, las cláusulas de transmisión del negocio) pueden variar de forma importante en función de la duración del contrato⁸⁷.

5. Otras indagaciones en la realidad contractual en estudios preparatorios y de revisión legislativa

En el contexto de propuestas de modificaciones legales no es raro que el legislador quiera considerar de una u otra forma las prácticas de mercado y las opiniones de los participantes en él. Se trata en algunos casos de llevar a cabo procesos consultivos más o menos abiertos, a fin de servir como guía en el proceso de toma de decisiones. No se trata de estudios propiamente empíricos, pero los resultados que son objeto de publicación ofrecen una información que puede ser útil.

Como resultado de dichos procesos, tenemos una información más amplia sobre la realidad y problemas de la contratación con CGC y sobre las posturas de los participantes ante las cuestiones planteadas.

⁸⁶ Por ejemplo, en una época como la nuestra donde es fácil encontrar “foros de opiniones”, un comportamiento excesivamente duro por una marca reconocida, por ejemplo de alguna de las varias conocidas cadenas de comida, puede darse a conocer en estos foros, de donde podría saltar a la prensa. Se podría ver afectada tanto su posición como franquiciador cara a futuras operaciones como frente a los clientes finales.

⁸⁷ SOLÍS RODRÍGUEZ, V. y GONZÁLEZ DÍAZ, M., “*Provisions...*”, o.c., p. 79.

5.1 Francia: Informe Hagelsteen

El primer informe a considerar es el conocido como “Rapport Hagelsteen” de 2008, cuyo título completo es “La negociabilidad de las tarifas y de las condiciones generales de venta” (“*La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente*” o “Informe Hagelsteen”)⁸⁸. No se trata de un trabajo empírico ni de un estudio específico de la cuestión de las CGC, sino de un informe emitido a solicitud del Ministerio de Economía francés por un grupo de trabajo liderado por Marie-Dominique Hagelsteen, miembro del Consejo de Estado francés y antigua presidenta del Consejo de la Competencia. El Informe Hagelsteen se preparó en el marco de una reforma del Código de Comercio francés en lo relativo al efecto que las cuestiones contractuales, entre otras, tienen respecto a la libre competencia en el sector de la distribución comercial. Para preparar el informe, además de consideraciones económicas y jurídicas, se tuvo en cuenta la opinión de los participantes en el mercado, mediante un mecanismo de consultas informales con la empresarios del sector de la distribución.

En el Informe Hagelsteen, como hemos señalado, no se considera un tratamiento específico y diferenciado de CGC ni se aborda la cuestión de las condiciones de venta desde el ámbito del derecho de los contratos. Su propósito es tratar las cuestiones contractuales desde el punto de vista del derecho de la libre competencia y la competencia desleal. En consecuencia, sus fines no son asegurar la libertad contractual o evitar contenidos injustos, sino verificar el efecto que la negociabilidad o no del contenido contractual puede tener en el mercado y en la libre competencia. Se trata además de un marco sectorial muy específico, el de la distribución comercial, de gran importancia en el país vecino y con una regulación mucho más desarrollada que en España a este respecto.

En Francia, las condiciones generales de venta del productor constituyen la “base de la negociación comercial” (artículo L. 441-6 del Código de Comercio Francés, en la actualidad desde 2014 “la única base”), un principio de gran importancia para los proveedores tanto por razones legales como, especialmente, simbólicas⁸⁹, y supone en principio un punto de partida más favorable a la parte menos fuerte, la del productor, si bien,

⁸⁸ HAGELSTEEN, M. D., “La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente”, 2008, disponible en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000079/>.

⁸⁹ HAGELSTEEN, M. D., “La négociabilité...”, o.c., p. 27.

como en el mismo informe se reconoce, “es cierto que esta ventaja puede resultar bastante artificial”⁹⁰ durante la negociación, donde el distribuidor impone sus condiciones de compra del producto. La normativa que considera el Informe Hagelsteen, entonces en vigor, era además bastante restrictiva sobre la negociación contractual, ya que debían justificarse las desviaciones sobre dichas condiciones. Así, se limitaba la libertad de establecer condiciones particulares, o negociadas por las partes, en aras de mantener una mayor igualdad entre los participantes en el mercado.

El Informe Hagelsteen deja un amplio espacio a consideraciones o propuestas presentadas por las partes que participaron en el proceso de consultas. Así, por ejemplo, respecto al posible establecimiento de un tratamiento diferenciado para pequeñas y medianas empresas, el Informe señala las muchas dificultades que presentan. Por un lado, el informe advierte que el establecimiento del umbral implica una decisión discrecional que hay que motivar bien, lo que no es fácil. Este umbral puede provocar efectos perversos, que lleve a las empresas a adaptar prácticas artificiosas para poder beneficiarse de ese régimen. Además, señala el informe, “el tamaño de una empresa no es necesariamente el criterio apropiado”, pues en muchos casos se da un nivel de especialización o “efecto nicho” que permite resistir presiones de empresas mucho mayores⁹¹. Podrían también dejarse fuera de ese régimen a empresas que, siendo grandes grupos industriales, pueden no tener la dimensión internacional suficiente que les permitiría protegerse a su vez de grupos de productores con mucha mayor capacidad negociadora.

Se insiste, por último, en dos conceptos esenciales que deben acompañar la adopción de las medidas propuestas en el informe Hagelsteen, a las que se les da mucha importancia. Por un lado, el reforzamiento de otras medidas genéricas de protección del derecho de la competencia con medidas relativas al urbanismo comercial, los mecanismos para evitar la concentración a nivel local e incluso, más en el ámbito contractual, determinadas cláusulas de exclusividad. Por otro lado, se destaca el posible papel que puede desempeñar la autorregulación, frente a la regulación legal, para reforzar la competencia.

El Informe señala que los distribuidores y proveedores que participaron en el proceso de consulta habían expresado su interés en el principio de un código de conducta que rigiera

⁹⁰ HAGELSTEEN, M. D., “La négociabilité...”, o.c., p. 26.

⁹¹ HAGELSTEEN, M. D., “La négociabilité...”, o.c., p. 35.

su relación. Se trataría de un compromiso público y unilateral por parte de los distribuidores que “se comprometen a seguir ciertas buenas prácticas con respecto a los industriales, en particular a las pequeñas y medianas empresas”. Entre las materias a tratar estarían cuestiones importantes en este sector, algunas de ámbito contractual, como las consecuencias de retrasos en los pagos, penalizaciones por retrasos en la entrega y el contenido de las condiciones generales de compra, y otras de ámbito más comercial, como el porcentaje mínimo de productos de las pequeñas y medianas empresas en las estanterías, etc.

El cumplimiento del código de buena conducta no se impondría y se dejaría, según la propuesta del Informe Hagelsteen, a la presión de la opinión pública, al proponerse un informe anual del servicio de competencia sobre las tiendas o proveedores que no cumpliesen con el código. Esta sanción por los consumidores se entiende que puede tener resultados a veces más efectivos y disuasivos que las sanciones por la vía de un procedimiento judicial sancionador. Se trata, pues, de buscar en cierta medida el equilibrio de poder entre los contratantes mediante compromisos voluntarios en lugar de medidas coercitivas, que pueden tener posibles efectos perversos⁹².

Si bien las consideraciones del Informe Hagelsteen difícilmente serían aplicables a nuestro marco legal, nos permiten tener una imagen de la realidad de un sector igualmente relevante en España. El sector de la distribución sufre en ambos países problemas comunes, con una posición de gran fuerza de los distribuidores, o al menos de un grupo de ellos, sobre una parte importante de los productores. Ésta diferencia de capacidad negociadora es especialmente relevante en los sectores de la alimentación y en el ámbito agrícola y ganadero, pero no siempre. Por ejemplo, junto a pequeños productores agrícolas o ganaderos, existen también productores de gran fuerza (empresas internacionales conocidas por todos) con mucha mayor capacidad que los pequeños grupos de distribución lo que dificulta identificar el poder negociar con una posición contractual concreta en muchos tipos de contratos como el de compraventa.

El Informe concluye con una consideración, en cierto sentido filosófica, sobre la naturaleza de las cuestiones en juego en el ámbito de las relaciones contractuales y

⁹² HAGELSTEEN, M. D., “La négociabilité...”, o.c., p. 40.

comerciales de la distribución comercial, que merece tener en cuenta al pensar en los problemas, intereses y riesgos de la contratación entre profesionales bajo CGC:

“La libertad y la eficacia de la relación contractual, por un lado, la responsabilidad y la lealtad de los socios, por otro lado, siempre han sido los puntos cardinales que han guiado el desarrollo de las relaciones comerciales. Es en este marco en el que se basan las propuestas de este informe, al tiempo que se tiene en cuenta el desequilibrio en la relación de poder que caracteriza la relación entre proveedores y sus distribuidores, con el objetivo de proporcionar a los proveedores y sus clientes la flexibilidad que necesitan en sus negociaciones y redirigir a los consumidores las ganancias de eficiencia generadas por esta relación”⁹³.

Como curiosidad sí podemos señalar que los cambios legislativos introducidos en Francia a raíz del Informe Hagelsteen, con una liberalización de las condiciones de negociación de venta, parecerían haber tenido un efecto positivo para los consumidores. Según los resultados del estudio, este sí empírico⁹⁴, de nuevo a petición de las autoridades económicas francesas, desde la introducción de los cambios legislativos se había producido una reducción de precios del 3,3% en comparación con los productos de la marca del distribuidor. Sin embargo, desgraciadamente, el análisis se centra únicamente en las cuestiones del precio y no en las demás CGC, que son las que realmente nos interesan en este trabajo.

5.2 Australia: proceso consultivo sobre la Ley federal australiana para la protección de los pequeños negocios frente a las condiciones abusivas

Otra fuente valiosa de información sobre la práctica de CGC son los dos procesos consultivos abiertos por las autoridades federales australianas en 2014 y 2018. El primero se refiere al establecimiento de un control de contenido de las CGC a determinados contratos (documento de trabajo de mayo de 2014 “Extendiendo la protección contra las cláusulas contractuales injustas a las pequeñas empresas”, “*Extending Unfair Contract Term Protections to Small Businesses*”)⁹⁵, y el segundo trata del estudio de una posible ampliación

⁹³ HAGELSTEEN, M. D., “La négociabilité...”, o.c., p. 40.

⁹⁴ CHAMBOLLE M. L. y TUROLLA, S., “Evaluation des effets de la Loi de Modernisation Economique et des Stratégies d’Alliances à l’Achat des Distributeurs”, documento oficial de 15 diciembre 2016, p. 35, disponible en <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/RapportComplet-LME-19-dec-def.pdf>.

⁹⁵ GOBIERNO DE AUSTRALIA, *Extending Unfair Contract Term Protections to Small Businesses* (mayo 2014), disponible en <https://treasury.gov.au/consultation/extending-unfair-contract-term-protections-to-small-businesses>.

de este ámbito (documento de consulta de noviembre de 2018: “Revisión de las protecciones para las pequeñas empresas contra cláusulas contractuales injustos” — “*Review of Unfair Contract Term Protections for Small Business*”)⁹⁶ —.

A raíz del primer informe se aprobó en Australia una ley federal —que luego veremos con más detenimiento— que extendía los controles de contenido en las CGC previstas para los consumidores a determinados contratos (por debajo de un importe) suscritos con pequeños empresarios (empresas con menos de diez empleados). A su vez, el proceso de 2018 buscaba la opinión de los participantes sobre si los objetivos de la nueva legislación se habían cumplido y si había que plantear cambios y ampliaciones en dicho régimen.

De las respuestas públicas, podemos extraer algunas conclusiones en relación con la contratación bajo CGC y sobre su tratamiento jurídico:

1. Interés por la materia y representatividad de las respuestas. Lo primero que hay que hacer notar es la amplitud del número de respuestas muchas de ellas muy detalladas y trabajadas. Se dieron 61 y 47 aportaciones en cada proceso respectivamente, siendo frecuente la participación de las mismas organizaciones o personas en ambos procesos. Por lo tanto, la materia de las CGC y sus posibles controles se percibe como relevante para los distintos ámbitos empresariales. La mayoría de las aportaciones fueron canalizadas a través de asociaciones o instituciones de carácter representativo, más algunos de tipo institucional, académico o profesionales del sector legal. Así, encontramos aportaciones tanto de representantes de lo que podemos denominar “grandes empresas” —como el Consejo de Centros Comerciales de Australia, que agrupa a los grandes promotores, gestores y propietarios de centros comerciales— como de asociaciones de autónomos o de fontaneros.
2. Amplitud de sectores participantes, pero con especial concentración en algunas industrias o sectores empresariales. Respecto a los sectores a los que pertenecen los participantes, igualmente existe una gran variedad, si bien algunos ámbitos de actividad parecen especialmente interesados en la cuestión. En concreto, en orden de frecuencia hay que citar los siguientes: la construcción, el mundo de las franquicias,

⁹⁶ GOBIERNO DE AUSTRALIA, *Review of Unfair Contract Term Protections for Small Business* (Noviembre 2018), disponible en <https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/>.

la distribución comercial, el sector de la automoción y los sectores financieros y de seguros. La razón presumible es la frecuencia de uso de CGC o prácticas específicas, según se deduce de sus mismas respuestas. De hecho, para algunos de estos sectores, en 2016 la Autoridad Australiana de la Competencia y el Consumidor publicó una guía en la que proponía algunos cambios sobre las CGC en ciertas industrias específicas, que incluía las de franquicias y agricultura, y otras como la industria de la publicidad, arrendamientos de locales de negocio, telecomunicaciones, contratistas independientes y gestión de residuos⁹⁷.

3. Relevancia de cuestiones estructurales de los sectores afectados. Las particularidades estructurales de algunos de estos sectores, con sistemas fuertemente estructurados o jerarquizados, como el de la construcción, la distribución o las franquicias, son muy relevantes para los participantes respecto al uso de CGC. Por ejemplo, en el sector de la construcción se producen cadenas de cláusulas en las que condiciones impuestas en el primer contrato de un proyecto (plazos, penalizaciones, etc.) se van trasladando por los participantes a cada nivel inferior de subcontratación⁹⁸.
4. Identificación de cláusulas problemáticas. En estos mismos sectores se observan determinadas cláusulas como problemáticas para algunos participantes: traspaso de responsabilidad, retrasos en los pagos, problemas específicos en cuanto a

⁹⁷ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, *Términos injustos en contratos de pequeñas empresas: una revisión de industrias seleccionadas* (“Unfair terms in small business contracts: A review of selected industries”), noviembre 2016, disponible en https://www.accc.gov.au/system/files/B2B%20UCT%20-%20Final%20-%20Unfair%20terms%20in%20small%20business%20contracts%20-%20A%20review%20of%20selected%20industries_0.PDF.

⁹⁸ Por ejemplo, según se manifiesta en una de las respuestas, “*Los proyectos de edificación y construcción generalmente se ejecutan en una cadena contractual jerárquica que comienza en el nivel de contrato principal (cliente-constructor) y luego se distribuye en cascada a subcontratistas de primer y sucesivos niveles y proveedores*” (“*Building and construction projects are typically delivered in a hierarchical contractual chain beginning at the head contract level (client-builder) and then cascading down to subcontractors, sub-subcontractors and suppliers*”), lo que tiene importantes efectos, como luego veremos, en el poder de negociación, pero también lleva a la conclusión de que una legislación genérica para contratos en general no encaja bien en ese sector: “*En términos generales, la aplicación de la legislación UCT [la norma contra contratos injustos australiana] es problemática para los proyectos de construcción y construcción debido a los acuerdos contractuales únicos que caracterizan a la industria.*” (“*Broadly speaking, the application of the UCT legislation is problematic for building and construction projects due to the unique contractual arrangements that characterise the industry*”, respuesta de la Air Conditioning & Mechanical Contractors’ Association, AMCA, diciembre 2018, p. 5, disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=807744810).

acortamiento de plazos y pérdida de derechos, inadecuación de algunas cláusulas (se requiere que confirmen que tienen todos los derechos de propiedad intelectual usados y que los ceden, lo que no suele ser el caso)⁹⁹.

5. Los “estándares de la industria”. Algunos participantes consideraron que los “estándares de la industria” —o condiciones generales— establecidos por asociaciones sectoriales o de amplio uso no debían estar sujetos a controles porque en su redacción ya se habían equilibrado los intereses en juego¹⁰⁰, mientras que otros participantes los veían precisamente como parte del problema.
6. Problemas en la definición de lo que son CGC. La normativa adaptada en Australia, como luego veremos, no define legalmente lo que se entiende por CGC. Solamente da una serie de criterios orientadores para que los tribunales consideren si el contrato en cuestión lo es en el momento de su valoración en fase de juicio.

En la opinión de los participantes en la consulta, esta falta de definición legal genera algunas dificultades e incertidumbre, pues las partes no saben si se está o no ante un contrato bajo CGC, lo que para algunos consultantes supone una desventaja para los pequeños empresarios a la hora de ejercitar sus derechos¹⁰¹. El elemento esencial que

⁹⁹ Entre otras, en la aportación de la Air Conditioning & Mechanical Contractors' Association (AMCA) se detalla una lista de cláusulas consideradas por ellos injustas, como las citadas. Así, por ejemplo, respecto a la Propiedad Intelectual se señala: “Algunos contratos especifican que un subcontratista debe garantizar la titularidad de todos los derechos de propiedad intelectual utilizada en las obras, lo que a menudo no es realista. Además, algunos contratos requieren que los subcontratistas cedan todos sus derechos de propiedad intelectual al contratista principal (“Some contracts specify that a subcontractor must warrant its ownership of all intellectual property used in the works, which is often unrealistic. Furthermore, some contracts require that the subcontractor assigns all intellectual property to the head contractor”). Ejemplos parecidos se dan en otras aportaciones de participantes en la industria de la construcción. Respuesta de AMCA, o.c., p. 6, disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=807744810.

¹⁰⁰ “Tras una cuidadosa negociación, AS4122 [el modelo estándar de la industria de la consultoría] se desarrolló para satisfacer las necesidades de la industria de la construcción y la construcción y los clientes (incluidas las agencias gubernamentales) a través de la asignación justa y proporcional del riesgo en línea con la actual mejores prácticas de la industria. También fue diseñado para estandarizar las cláusulas y así eliminar la necesidad de negociación o asesoramiento legal externo sobre las cláusulas contractuales básicas, ahorrando tiempo y costes” (“Following careful negotiation, AS4122 was developed to meet the needs of the building and construction industry and clients (including government agencies) through the fair and proportionate allocation of risk in line with current industry best practice. It was also designed to standardise terms to remove the need for negotiation or external legal advice over core contractual terms, saving time and costs”, respuesta de “Consult Australia”, mayo 2014, p. 8).

¹⁰¹ “Es evidente que a menudo las pequeñas empresas no pueden identificar un posible contrato de forma estándar y, por lo tanto, pueden tener dificultades para encontrar una solución a través de las protecciones de la UCT” (“It is apparent that often small businesses cannot identify a possible standard

parece problemático es el de la negociación, pues algunos de los participantes en el proceso hacen notar la necesidad de distinguir lo que son CGC de una mera propuesta de acuerdo como comienzo de una negociación, aunque haya sido pre redactado¹⁰². Por otro lado, la posibilidad misma de dejar de ser considerado como contrato bajo CGC por la realización de algunos cambios, despierta recelos para otros participantes, que creen que se puede usar el negociar cambios menores como estrategia por parte de los predisponentes para evitar la consideración como CGC de un contrato¹⁰³.

Finalmente, otros participantes señalan que la capacidad de negociación no debe ser solo formal, sino material y contemplando todas las consecuencias posibles, pues, en ocasiones, se observa una tendencia a no negociar las cláusulas del contrato por temor a represalias por parte de los predisponentes más fuertes¹⁰⁴.

form contract and therefore may have difficulty seeking remedy through the UCT protections”, propuesta de Victorian Small Business Commission, diciembre 2018, p. 3, disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=427716809.

¹⁰² *“Una distinción que debe establecerse, y posiblemente regularse, es la de un contrato de pequeña empresa que: - es un contrato estándar y se ofrece como la base del inicio de negociaciones entre las partes (como es el caso con respecto a arrendamientos minoristas, donde a menudo existe una obligación legal de los propietarios de proporcionar un arrendamiento ‘propuesto’ a un posible arrendatario cuando se inician las negociaciones, y - es un contrato estándar y se ofrece sobre la base de ‘lo tomas o lo dejas’. Solo los contratos de pequeñas empresas en la última categoría deberían estar razonablemente “protegidos” por la UCT, y esto debería aclararse para el beneficio de pequeñas y grandes empresas por igual ” (“A distinction which needs to be drawn – and possibly legislated – is that between a small business contract which: - is a standard form contract and is provided as the basis of the commencement of negotiations between the parties (as is the case with regard to retail leases, where there is often a legal obligation on landlords to provide a ‘proposed’ lease to a prospective lessee when negotiations are entered into), and - is standard form contract and is offered on a ‘take it or leave it’ basis. It is only those small business contracts in the latter category which should reasonably be ‘protected’ by the UCT law, and this should be clarified for the benefit of small and large businesses alike”, Propuesta de Shopping Centre Council of Australia, diciembre de 2018, p. 7. disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=552142782).*

¹⁰³ *“Se debe reconocer que a veces hay dificultades para determinar si un contrato es un “formulario estándar” o no. En la actualidad, una compañía puede argumentar que “negociar” modificaciones menores a un contrato de forma estándar y luego argumentar que el contrato ya no es “estándar” (“It should be recognised that sometimes there are difficulties determining whether a contract is a ‘standard form’ or not. Currently, a company can arguably ‘negotiate’ minor amendments to a standard form contract and then argue that the contract is no longer ‘standard’”, respuesta de Self Employed Australia, diciembre de 2018, p. 2. Disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=580252563).*

¹⁰⁴ *“El componente de “tómalo o déjalo” es problemático, ya que puede ser la palabra de una parte en contra de la otra. En muchos casos, los productores agrícolas no discuten las cláusulas de un contrato, ya que les preocupa que esto tenga un impacto en las negociaciones futuras con un comprador” (“The take it or leave it component is problematic as it can be one party’s word against the other. In many*

7. Percepción de la falta de equilibrio de poder entre los contratantes como motivo para justificar la necesidad de protección. La mayoría de los participantes que apoyan la ampliación del ámbito de control entienden que el fundamento de la intervención es la falta de capacidad negociadora entre las partes, con la parte más fuerte imponiendo sus condiciones a las contrapartes. Por eso mantienen que los pequeños empresarios deben tener esta cobertura. Sin embargo, algunos participantes señalan otros elementos, como la propia estructura jerárquica del sector, con cadenas de subcontratación¹⁰⁵, que no siempre supone que el subcontratista sea una empresa más débil que su comitente¹⁰⁶. Pocos hacen notar, salvo alguna aportación de “grandes empresarios”, que la legislación adoptada no distingue que el predisponente tenga que ser una gran empresa, y que la legislación prevista (y aprobada) se aplicaría igualmente a contratos entre pequeñas empresas donde no se tiene por qué dar ese desequilibrio¹⁰⁷, o que incluso el desequilibrio en cuanto a tamaño puede estar invertido, cuando el predisponente sea una empresa más pequeña que el adherente¹⁰⁸.

cases agricultural producers will not contest the terms of a contract as they are concerned it will impact on future dealings with a purchaser” Respuesta de la National Farmers' Federation, diciembre 2018, disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=133047086).

¹⁰⁵ “[En] la industria de la construcción y la edificación, el desequilibrio en el poder de negociación es una consecuencia del proceso de licitación competitiva y la naturaleza jerárquica de los acuerdos contractuales; existe independientemente del tamaño de la empresa o el valor del contrato” (“[In] the building and construction industry, the imbalance in negotiating power is a consequence of the competitive tender process and the hierarchical nature of contractual arrangements—it exists regardless of firm size or contract value”, respuesta de AMCA, o.c., p. 3).

¹⁰⁶ Aunque también se da la visión contraria, que cuando más se descienda en la cadena más débil es la capacidad de negociar: “con los subcontratistas en la base de la pirámide no solo tienen la menor capacidad para asumir los riesgos financieros asociados con el proyecto, sino que también son los menos capaces de negociar un conjunto de términos más razonables y equilibrados ” (“with the sub-subcontractors at the base of the pyramid not only having the least capacity to bear the financial risks associated with the project but also being the least able to negotiate a set of more reasonable and balanced terms”, respuesta de AMCA, o.c., p. 4).

¹⁰⁷ “Las leyes se aplicarán incluso cuando el contrato sea entre dos pequeñas empresas y no haya evidencia de una preponderancia de poder de negociación de ninguna manera. No es función del Gobierno interferir en los contratos comerciales entre dos pequeñas empresas, incluso si una de las partes alega que las negociaciones fueron “unilaterales””. “The laws will apply even when the contract is between two small businesses and there is no evidence of a preponderance of bargaining power either way. It is not the Government’s role to interfere in commercial contracts between two small businesses, even if one of the parties alleges the negotiations were “one-sided”.”, respuesta de la Housing Industry Association, diciembre 2018, p. 6, disponible en <https://hia.com.au/-/media/HIA-Website/Files/Media-Centre/Submissions/2018/review-of-unfair-contract-term-protections-for-small-business.ashx>).

¹⁰⁸ “En algunos casos, el franquiciado puede no ser una pequeña empresa, pero otras partes pueden serlo, por ejemplo, el propio franquiciador es una pequeña empresa. En tal caso, el franquiciador se ve perjudicado por el régimen UCTL debido a su propio estatus como pequeña empresa” (“In some cases,

8. Umbral adoptado. La definición de “pequeño empresario”. Probablemente, el aspecto más destacado de la legislación australiana es el establecimiento de un umbral doble para la ampliación del control de contenido, tanto por la empresa que se considera “*pequeña empresa*” como en el importe del contrato (que veremos en el apartado siguiente). Se trata de dos áreas especialmente problemáticas en general para los participantes en el proceso consultivo, con solo unas pocas respuestas que proponen mantener los umbrales en cuanto a los criterios¹⁰⁹ y su cuantificación.

Los límites presentan dificultades en cuanto a su fijación, pues se trata de criterios siempre arbitrarios, abiertos a riesgos de comportamientos oportunistas (usar para determinados contratos una sociedad separada y constituida únicamente con esa finalidad (lo que se conoce como como “*special purpose vehicle*” sin empleados o con menos empleados). El volumen de empleados es particularmente poco relevante en algunas industrias o negocios. En muchos casos, y sin que haya una intención de burlar la aplicación de la ley, la forma en que algunas industrias o negocios se estructuran hace que el número de empleados no tenga relación con su tamaño o con su fuerza. Por ejemplo, hay sociedades con grandes patrimonios y facturación, pero sin ningún empleado, como las sociedades patrimoniales utilizadas para tener en propiedad inmuebles. Se trata claramente de grandes empresas en cuanto a su potencial fuerza negociadora, pero que no serían contabilizadas como tales. La crítica al criterio de los trabajadores está bastante generalizada, y suele pedirse que se combine con criterios de facturación, activos, etc.¹¹⁰.

the franchisee may not be a small business, but other parties may be, for example, the franchisor itself is a small business. In such a case, the franchisor is disadvantaged by the UCTL regime due to its own status as a small business”, aportación del Franchise Council of Australia, diciembre 2018, p. 7, disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=315606268.

¹⁰⁹ Por ejemplo, los comentarios de la Asociación Bancaria Australiana (*Australian Banking Association*).

¹¹⁰ “Sin una modificación, [la propuesta] permitiría la posibilidad de comportamientos oportunistas con respecto a la Ley de estipulaciones contractuales abusivas que puede entrar en conflicto directo con el objetivo y el espíritu de la ley, [...] a menudo, la filial de una empresa grande, o incluso una compañía grande que desarrolla su actividad a través de una entidades independientes de propósito especial, puede no contar con empleados o muy pocos. Algunos grandes negocios de distribución comercail, por ejemplo, canalizan sus contratos de arrendamiento a través de una compañía de servicios independiente que a menudo emplea a menos de 20 personas, si es que cuenta con alguno. [...] Es obviamente absurdo, e incoherente con el objetivo de la ley de la Ley de estipulaciones contractuales abusivas, que este tipo de entidades y estructuras de negocios que consideraríamos como grandes empresas y que pueden tener posiciones de negociación muy fuertes, puedan beneficiarse de las protecciones de la Ley de estipulaciones contractuales abusivas”(“Without rectification, it has the

9. Umbral adoptado. Los contratos a los que se aplican los controles. Otro de los aspectos por el que las autoridades australianas preguntaban el parecer de los interesados es el del umbral económico de los contratos. La justificación del límite introducido en su día por la legislación australiana (300.000 dólares australianos —unos 190.000 euros—, o 1.000.000 dólares australianos —unos 630.000 euros— si su duración es superior a doce meses) trataba de destacar la necesidad de asumir un papel activo por los empresarios a la hora de suscribir acuerdos por importes de gran cuantía. Se reconoce así que, para muchos contratos, no parece esperable de un empresario que dedique recursos a obtener asesoramiento legal o técnico, pero que para contratos importantes sí que es necesario, y evitar el riesgo de que se concluya un contrato por el pequeño empresario sin adoptar posibles medidas de autoprotección (por ejemplo, con un seguro) en el caso de que no se pudiera negociar el contenido, y se confiara simplemente en que, llegado el caso de necesidad, se impugnarían las cláusulas correspondientes como contrarias a la ley por abusivas.

Aquí las posiciones de los consultados se centran más en el concepto mismo del límite de contrato. Los representantes de los autónomos o empresarios más pequeños piden generalmente la supresión del límite por los siguientes motivos: a) por las características propias de su industria (con valores nominales de los contratos muy altos por ser industrial que requieren fuertes inversiones, como en el sector de la construcción); b) por el riesgo de manipulación (agrupación de contratos para evitar la aplicación de la normativa), o c) por lo arbitrario del límite. Por otro lado, los representantes de empresas más grandes, o las organizaciones que agrupan tanto a grandes como a pequeños empresarios, piden el mantenimiento del umbral o ligeros incrementos.

potential to allow opportunistic stakeholders to take action with respect to the UCT law which may be in direct conflict with the objective and spirit of the UCT law. [...] often the subsidiary of a large company, or even a large company which operates businesses through a special purpose entity, may employ no employees or very few employees. Some large retailers, for example, undertake their leasing through a separate service company which often employs fewer than 20 persons, if any. [...] It is obviously absurd – and inconsistent with the objective of the UCT law - that these types of entities and business structures may see otherwise ‘large’ businesses, which may have very strong negotiating positions, benefit from the protections of the UCT law”, posición del Shopping Centre Council of Australia, diciembre, p. 6. 2018 disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=552142782.

10. Otros asuntos variados. Por último, las distintas consultas realizan otra serie de comentarios variados que pueden ser relevantes, como las dificultades prácticas en luchar contra las CGC injustas por los costes de un proceso judicial¹¹¹ o las sugerencias de la necesidad de reducir carga burocrática y costes asociados con el cumplimiento de la legislación¹¹². En cuanto a las consecuencias prácticas de la modificación legal de 2015, se destaca el efecto relativamente bajo que la ampliación del régimen de responsabilidad había tenido en el plazo inicial de dos años y la persistencia de cláusulas “abusivas” de manera habitual en muchas industrias o que los posibles destinatarios de las medidas de protección no se estaban beneficiando de ellas¹¹³;

En conclusión, y pese a que muchos de los comentarios o medidas tengan que ver con la especificidad del tratamiento de la materia de CGC entre profesionales del derecho australiano, la revisión de los aportaciones en el proceso consultivo nos permite tener una rica muestra de las posturas e intereses en juego. Se observan ejemplos concretos y útiles de los problemas reales que plantean las CGC en la contratación entre profesionales. Las reacciones de los participantes nos dan una indicación de los posibles efectos —o falta de

¹¹¹ “En muchos casos, existen recursos en vigor; sin embargo, la mayor barrera para acceder a esos recursos es el costo y el tiempo que se tarda en procesar. En general, los tribunales están disponibles [sic], sin embargo, los honorarios legales que oscilan generalmente entre \$ 7.000 y \$ 10.000 [dólares australianos] por una actuación judicial de un día, más el tiempo de preparación del caso, constituyen una barrera seria para la mayoría de las pequeñas empresas” (“In many cases there are remedies in place, however the biggest barrier to accessing those remedies is the cost and time taken to prosecute. Generally the courts are available however with legal fees averaging approximately \$7,000 to \$10,000 to appear for a one day trial, plus case preparation time, this forms a serious barrier to most small businesses”, aportación de Master Electricians Australia, diciembre de 2018, p. 7, disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=629284570).

¹¹² “Apoyamos y abogamos por menos burocracia, lo que es muy probable que afecte las libertades contractuales de nuestros miembros al tiempo que aumenta el costo. Los costos adicionales finalmente se transfieren a los consumidores y otras empresas.” (“We do support and advocate less red tape which is very likely to affect the contractual freedoms of our members whilst adding to the cost. Additional costs are ultimately passed onto consumers and other businesses”, comentarios de la Swimming Pool and SPA Association, https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=1046797546).

¹¹³ “Sin embargo, vale la pena señalar que estas compañías actualmente no están haciendo un uso adecuado de las protecciones contenidas en la Ley. Esto podría deberse a una falta general de conocimiento y comprensión sobre el régimen y su aplicabilidad.” (“However, it is worth noting that these companies are currently not making adequate use of the protections contained in the Act. This could be due to a general lack of awareness and understanding about the regime and its applicability”, comentarios de la National Fire Industry Association, diciembre 2018, p. 14, disponible en https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/consultation/view_respondent?uuId=569245790).

ellos— que una normativa concreta puede tener en un país con una economía no tan distinta de la española. Especialmente relevante es la información de algunos sectores como los de la franquicia, la agricultura, la construcción o los autónomos, en los que la posición y los problemas de sus equivalentes españoles puede que no difieran mucho.

5.3 El informe Leuschner en Alemania

Entre las fuentes de información relevante, el último trabajo disponible sobre las CGC —probablemente el más exhaustivo y detallado— es el trabajo de investigación “El derecho de las CGC en contratos entre empresarios”, del Prof. LEUSCHNER de la Universidad de Osnabrück en Alemania¹¹⁴. Dicho trabajo fue realizado como un proyecto de investigación a petición de los Ministerios alemanes de Justicia y de Protección del Consumidor, en el contexto de una posible reforma del tratamiento del régimen de las CGC en Alemania en relación con los controles de contenido en los contratos entre profesionales. El informe resultante hace especial énfasis en la cuestión de la posibilidad de incluir o no limitaciones de responsabilidad en las CGC.

Además de su profundidad y detalle, es relevante que se produzca dicha petición en Alemania, el país generalmente considerado como pionero y modelo en el tratamiento de la cuestión para muchos autores. Una idea subyacente que se percibe en el Informe Leuschner, aunque no se explicita como tal, es la sospecha de que el nivel de aplicación de la normativa alemana haya llegado a ser tan intenso que produce efectos negativos y una huida de la legislación alemana, o una tendencia a evitar que la resolución de controversias sea mediante el arbitraje, no mediante de los tribunales ordinarios, fórmula que se percibe como más receptiva a las particularidades de la contratación empresarial.

A los efectos de este trabajo, haremos por lo tanto un análisis y revisión del Informe Leuschner en cierta profundidad, no solo por las conclusiones del trabajo en relación con una jurisdicción tan relevante en relación con las CGC como es la alemana, sino también por los datos e información de la práctica contractual que proporciona.

¹¹⁴ LEUSCHNER, L., “Derecho de las CGC para contratos entre empresarios” (“AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen”, Proyecto de Investigación a petición del Ministerio de Justicia y Consumidores, Univ. Osnabrück, 2014, disponible en http://www.bmjb.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile (en alemán únicamente).

5.3.1 Motivación y metodología del Informe Leuschner

LEUSCHNER parte de una base parecida a aquella con la que comenzamos este trabajo: la sensación de falta de conocimiento de la práctica contractual empresarial y la necesidad de indagar más en la realidad como base de los trabajos:

“Las modalidades de conocimiento [sobre las CGC entre profesionales] que permiten una revisión de la jurisprudencia y la bibliografía doctrinal jurídica son limitadas. Dado que una parte significativa de las disputas en las transacciones empresariales se celebran no ante tribunales estatales, sino más bien ante tribunales arbitrales, cuyos laudos permanecen mayoritariamente reservados a las partes, falta una base de datos adecuada para evaluar el potencial de conflicto de los artículos 305 y siguientes del BGB. Asimismo, las fuentes mencionadas permiten solo conclusiones muy limitadas sobre la práctica contractual empresarial”¹¹⁵.

Para ello, se realizaron dos indagaciones: una, sobre la realidad contractual al personal de las empresas involucradas en la contratación, o Encuesta 2; y otra, Encuesta 1, de carácter más jurídico, de investigación sobre el significado de las CGC en los procesos arbitrales. Aunque vamos a trabajar fundamentalmente con los datos y conclusiones de la Encuesta 2, también presentaremos las principales conclusiones de la Encuesta 1 de manera más simplificada. Uno de los aspectos positivos de los análisis empíricos, y el de LEUSCHNER no es una excepción, es que requieren que además de las conclusiones se presenten los datos con los que se ha trabajado, lo que permite igualmente hacer una lectura de esos datos distinta o más amplia que las del propio autor.

Para la Encuesta 2, LEUSCHNER, junto con un grupo de trabajo compuesto por profesionales académicos y de la práctica jurídica, confeccionó un cuestionario bastante detallado, con unas 40 preguntas. Éste se remitió a unas 30.000 empresas de todos los sectores y tamaños, a través de las distintas cámaras regionales alemanas de industria y comercio (unas 80). De estas, se obtuvieron unas 1220 respuestas validas, provenientes de todos los sectores y tamaños de empresas, lo que permite considerar la base de datos (la

¹¹⁵ "Die durch die Auswertung von Rechtsprechung und juristischer Literatur eröffneten Erkenntnismöglichkeiten sind begrenzt. Weil ein erheblicher Teil der Streitigkeiten im unternehmerischen Rechtsverkehr nicht vor staatlichen Gerichten, sondern vor Schiedsgerichten ausgetragen wird, welche ihre Schiedssprüche überwiegend nicht veröffentlichen, fehlt es an einer geeigneten Datengrundlage, um das Konfliktpotenzial der §§ 305 ff. BGB beurteilen zu können. Ebenso lassen die genannten Quellen nur sehr begrenzte Rückschlüsse auf die unternehmerische Vertragsabschlusspraxis zu.“ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 137.

primera en este campo) lo suficientemente representativa como para obtener conclusiones válidas sobre la práctica de la contratación empresarial y las CGC.

Respecto a las empresas participantes, éstas abarcan el grueso de los sectores más relevantes de la economía alemana: esto es 18 de los 21 sectores, según la clasificación estadística de actividades económicas en la Comunidad Europea (NACE), siendo tal vez la única exclusión relevante la de los productos agrícolas, que tienen en los casos de Australia y Francia cierta relevancia (tal vez menor en el caso de la economía alemana). A su vez, para asegurar una representatividad en línea con el peso de los sectores en la economía alemana, se ponderó el peso de los sectores representados, a fin de reproducir lo más fielmente posible la estructura sectorial de las empresas de Alemania.

Este mismo criterio, sin embargo, no se usó con respecto a los tamaños de las empresas, para las que se tomó como elemento fundamental el número de trabajadores. Para ello se consideraron varias categorías: microempresas (con menos de 10 trabajadores), pequeñas empresas (de 10 a 49 empleados), medianas empresas (de 50 a 499 empleados), empresas grandes (entre 500 y 1999 empleados) y empresas muy grandes (más de 2000 empleados). Aunque la muestra incluía todo tipo de empresas, su valor promedio no era representativo de su número dentro de la economía alemana. Así, mientras que el informe nos señala que el 89,8% de las empresas alemanas son microempresas, solo participaron en la encuesta 224, esto es, justamente un 20% de la muestra¹¹⁶. Los resultados de las distintas preguntas se presentan separados por las distintas categorías de participantes. Esta distinción dota de una mayor sensibilidad a la muestra y nos permite observar comportamientos diferentes frente a una misma pregunta y observar cómo el tamaño de las empresas es, en muchas ocasiones, un elemento esencial del debate sobre el ámbito de protección.

Para la encuesta 1, se consultó a 190 profesionales jurídicos con experiencia e implicación en el ámbito de los procedimientos arbitrales (abogados, árbitros, etc.). Las aportaciones parecían ser desiguales, en virtud de la experiencia real de los profesionales, y realmente se trabajó con las respuestas de un grupo más reducido de 54 encuestados (28%

¹¹⁶ Como señala LEUSCHNER, el criterio ponderador por el tamaño tampoco se introduce a la hora de hacer las medias de las respuestas, que se realizan directamente sobre el número de participantes en la encuesta, sin dar mayor ponderación a unas u otras empresas en función de su relevancia o número dentro de la economía alemana (cfr. LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 139).

de la muestra), cuya experiencia de arbitraje con 25 procedimientos (mediana) es significativamente mayor que la experiencia de arbitraje de los otros 136 encuestados.

5.3.2 Conclusiones de la encuesta sobre la práctica empresarial (Encuesta 2)

La Encuesta 2 de LEUSCHNER nos permite obtener una importante información sobre la realidad de la contratación entre empresarios y el papel que en ella desempeñan las CGC. El trabajo es el más detallado de los disponibles y reviste, por lo tanto, particular valor, tanto por el detalle en su ejecución (amplitud y representatividad de los participantes) como por su adaptación al problema que estamos considerando. Hay que hacer notar, sin embargo, que algunas de las preguntas y conclusiones de LEUSCHNER están muy dirigidas a considerar el problema concreto que le preocupa, esto es, la aplicación de las cláusulas de responsabilidad y al contexto de la legislación alemana.

Las principales conclusiones que extraemos de esta Encuesta 2 son las siguientes¹¹⁷:

1. Uso generalizado de CGC en la contratación empresarial y bajo nivel de negociación de las cláusulas contractuales, en especial de las cláusulas no principales¹¹⁸.

Como demuestran las respuestas de los participantes, los contratos con CGC constituyen el grueso de las transacciones comerciales entre profesionales, al menos bajo el concepto amplio que de las CGC hace la jurisprudencia alemana. Así se deriva de dos elementos fundamentales del proceso de contratación: por un lado, cómo se transmiten la propuesta de condiciones contractuales y, por otro, por los tiempos efectivamente dedicados a la negociación de los contratos.

La forma en que se transmite la propuesta contractual es un indicio relevante de la apertura o no a posibles negociaciones. Solamente en una minoría de los casos (6,9% de media) se remiten éstas en un archivo susceptible de modificación, como un documento informático “Word”, frente a otros aquellos documentos ya impresos y entregados en papel o enviados mediante archivos que no son en principio fácilmente

¹¹⁷ Aunque seguimos en las siguientes conclusiones básicamente los resultados de LEUSCHNER, hemos alterado el orden, dada la fuerte orientación que el informe de este autor tiene hacia la cuestión de las limitaciones de responsabilidad, tema relevante para su informe pero no tan central para este estudio. Además, en algunos casos, hemos señalado algunas conclusiones que se extraen de los datos presentados, sin que haya mención expresa en el informe, pues el foco del interés es distinto. Como en él mismo se señala, no pretende “*abarcarse todos los posibles enfoques de interpretación planteables sobre un conjunto de datos tan completo*” (LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 159).

¹¹⁸ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., pp. 164-166.

modificables, tales como el “pdf”. Eso no quiere decir que los documentos considerados “no modificables” no puedan llegar a ser negociados y, que, por lo tanto, se consideren condiciones particulares. De hecho, los datos muestran un mayor nivel de negociación entre los contratos con apariencia externa de “no modificables” (no editables informáticamente) que entre aquellos que en principio por la forma de transmisión parecen abiertos a negociación (documentos editables). Sin embargo, jurídicamente esta presentación sí que tiene un peso muy importante de cara a su consideración como CGC, según la jurisprudencia alemana¹¹⁹.

Por otro lado, casi un tercio de los contratos se cierra, en todas las categorías, sin ningún tipo de negociación sobre las condiciones contractuales, y en otro tercio, de media, se dedica un máximo de 30 minutos. Es decir, que dos tercios de todos los contratos tienen nula o baja negociación respecto a sus cláusulas. En el tercio restante, cuando se dedican más de 30 minutos a la negociación, ésta rara vez incluye condiciones secundarias (esto es, más allá de los elementos esenciales de tiempo, precio, plazos de entrega, etc.)

Como cabría esperar, entre empresas grandes y muy grandes, la situación es algo diferente a la media, pero no mucho. La proporción de documentos que se intercambian en formato modificable es bastante mayor, entre el 15% y el 20% tanto cuando dichas empresas actúan como proveedores o como clientes (aunque con variaciones). También los tiempos de negociación relevantes, esto es, más de 30 minutos, son superiores, un 56,7% y 59%, respectivamente, para las empresas grandes y muy grandes. Sin embargo, de nuevo la negociación parece centrarse en los elementos esenciales, y también entre estas empresas grandes y muy grandes las cláusulas contractuales secundarias, aunque negociados con más frecuencia que en el resto de los casos, aún lo son en una proporción relativamente baja. Un dato importante de las respuestas ofrecidas que las empresas grandes y muy grandes

¹¹⁹ Tal como se ha dicho, este factor de la presentación es relevante según el concepto de CGC que maneja la jurisprudencia alemana: “*La forma en que se comunica las cláusulas del contrato es notable porque solo el envío de un documento susceptible de modificación puede entenderse como una solicitud explícita para modificar o negociar las estipulaciones contractuales. Sin embargo, según una jurisprudencia reiterada, lo "seriamente abierto a modificación" ["ernsthafte zur Disposition Stellen"] del contenido no básico de las cláusulas contractuales es un requisito previo esencial para que se consideren condiciones negociadas en el sentido del art. 305 (1), párrafo 3 del BGB*” (LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 165).

experimentan igualmente situaciones en que son adherentes de CGC de otras empresas respecto a esas cláusulas secundarias (29,7% y 24,6% de los casos, respectivamente).

2. El esfuerzo de diseño y negociación del contrato aumenta con el volumen del contrato¹²⁰.

El importe de los contratos es un factor muy relevante a la hora de determinar el esfuerzo que hacen las partes tanto a la hora de diseñar el contrato como a la de negociar. Parece haber una correlación clara entre contratos de bajo importe y cortos tiempos de negociación, por un lado, y contratos de importe elevado y negociaciones más prolongadas, por otro.

3. Las empresas de mayor tamaño están en mejores condiciones de entender las implicaciones de las CGC¹²¹.

Las empresas grandes y muy grandes no solo tienen mayoritariamente departamentos jurídicos internos que permiten tratar las implicaciones jurídicas de los contratos (66,8% y 96,6% , respectivamente, frente a una proporción del 2,3% y el 6,4% entre las microempresas o las empresas pequeñas). Además, los negociadores no abogados sin formación jurídica tienen más experiencia en materias legales, probablemente — señala LEUSCHNER— debido a “la creciente especialización con el tamaño de la empresa” ¹²².

4. El poder de mercado y el tamaño de las empresas como factor en la imposición de las CGC¹²³.

Aunque normalmente estemos acostumbrados a considerar que son las grandes empresas las que imponen con más frecuencia sus CGC, el Informe Leuschner nos plantea algunas sorpresas en este sentido. El factor determinante, más que el tamaño de la empresa parece ser estar en el mercado en el que actúan y si este es más o menos competitivo. En algunas empresas, empresas más pequeñas que sus contrapartes

¹²⁰ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., pp. 166-167.

¹²¹ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., pp. 167-168.

¹²² “Die mit der Unternehmensgröße steigende Spezialisierung“ (LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 167).

¹²³ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., pp. 171-173.

tienen la capacidad para imponer sus CGC cuando actúan como proveedores/predisponentes en mercados con bajo nivel de competencia (por ejemplo mercados altamente especializados).

Así, cuando se les plantea a los participantes quién es capaz de “imponer” sus condiciones no principales, siempre o de forma general, son las microempresas (60,2%), seguidas de las medianas empresas (56,6%), las que más éxito parecen tener frente a las empresas grandes (43,8%) o muy grandes (49,1%). En este sentido, la presión competitiva del mercado en el que desarrollan su actividad las empresas parece tener una importancia alta, pues las respuestas indican que, según aumenta el tamaño de la empresa, los participantes consideran que están sometidos a más presión competitiva como vendedores. Así, se consideran sometidas a presión competitiva grande o muy grande el 77,3% y 89,6% de las empresas grandes y muy grandes, frente al 68,1% y 72,0% en el caso de las microempresas y pequeñas empresas, respectivamente.

Todo ello le lleva a LEUSCHNER a concluir que, respecto a la imposición de CGC en los aspectos no principales, cuando actúan como “proveedores”, “los datos muestran que el poder de mercado de las empresas tiende a disminuir ligeramente en comparación con sus clientes a medida que aumenta el tamaño de la empresa”¹²⁴.

Sin embargo, los datos no son tan claros cuando se ve la posición de las partes como clientes o receptores de los servicios. Aquí, pocas empresas grandes o muy grandes consideran que tienen una dependencia de sus proveedores baja o muy baja (13,6% y 12,6% de las empresas grandes o muy grandes frente al 32,2% y 24,2% de las microempresas y pequeñas empresas, respectivamente), probablemente debido —en opinión del autor— a la complejidad de los procesos de adquisición y el número de proveedores. Y, sin embargo, pese a esta dependencia relativa de sus proveedores, solo las empresas grandes y muy grandes pueden imponer sus condiciones cuando actúan como adquirentes. Preguntados por la capacidad de imponer siempre o de forma regular a los proveedores sus CGC, la mayor proporción de éxito corresponde

¹²⁴ “Die Daten belegen somit, dass die Marktmacht der Unternehmen gegenüber ihren Kunden mit steigender Unternehmensgröße in der Tendenz leicht abnimmt.” (LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 172).

a las empresas grandes (71,2%) y muy grandes, frente solo al 38,1% para microempresas y 45,4% para pequeñas empresas (datos que, por otra parte, no dejan de ser significativos en sí mismos).

Por lo tanto, el poder de mercado de las empresas para imponer sus CGC en su papel como clientes aumenta proporcionalmente con el tamaño de la empresa. Al contrario, cuando actúan como proveedor de servicios/vendedor el poder de negociación tiende a disminuir a medida que aumenta el tamaño de la empresa, en este caso debido probablemente a la mayor presión competitiva de los mercados en cuestión.

5. Dicotomía respecto a la necesidad de imponer limitaciones de responsabilidad e insatisfacción (igualmente relativa) por las restricciones que la normativa alemana impone a pactar limitaciones de responsabilidad mediante CGC.

En el aspecto concreto -ya señalado- que más interesa a LEUSCHNER, las limitaciones de responsabilidad concluidas en CGC, muestra una importante dicotomía, pues las mismas empresas tienen posiciones distintas, muy diferentes en ocasiones, según su posición sea de proveedor de servicios/vendedor o cliente.

En general, todas las empresas de todos los tamaños, en su papel como proveedores/vendedores, expresaban la importancia que se concede a las limitaciones de responsabilidad como importantes o muy importantes con un 79% de media (aún más alta entre las empresas grandes y muy grandes). Son relevantes las especialmente las limitaciones acumulativas de responsabilidad (la responsabilidad total bajo un contrato por diversos motivos) y, en menor medida, la responsabilidad por daños indirectos y la exclusión de responsabilidad por ciertas formas de negligencia.

Las razones principales para ellos son la desproporción de los riesgos de responsabilidad con el valor del contrato (59,0% para el conjunto de todos los grupos y hasta el 81,5% en el caso de las grandes empresas), pero también la necesidad de transmitir la limitación de responsabilidad impuesta a su vez por sus proveedores (50,5% para el conjunto de todos los grupos), y la importancia de la cuantificación de los riesgos de responsabilidad como condición previa para el cálculo del precio (34,3%). Otros motivos parecen estar relacionados con el tipo de empresas, como el cumplimiento de estándares internos (44,8% y 49,9% en las empresas grandes y muy grandes, respectivamente).

Sin embargo, cuando la posición es la contraria y actúan como clientes compradores, esas mismas limitaciones de responsabilidad son vistas negativamente, y el 71,7% de los encuestados considera importante o incluso muy importante que sus proveedores o vendedores tengan una responsabilidad ilimitada. El principal motivo para ello es precisamente la imposibilidad en muchos casos de transmitir las posibles limitaciones en cadena, bien porque a su vez los clientes no las aceptan en el proceso negocial (media de todas las empresas: 44,5%), o bien por tratar estas empresas con consumidores (24,6% de promedio).

El tema de la limitación de responsabilidad se plantea como ejemplo particular de dos escenarios más genéricos aplicables a cualquier CGC.

En primer lugar, LEUSCHNER se plantea si, en el contexto de las limitaciones, el importe de los contratos negociados puede afectar a la posición de las partes respecto al debate abierto en Alemania sobre la posibilidad de excluir de los controles de contenido a las CGC de determinados contratos de importe elevado. Este debate está relacionado con la fundamentación, que luego veremos, de los controles de contenido de las CGC como forma de compensar la asimetría de costes que puede suponer la consideración y negociación de dichas cláusulas, especialmente en contratos de menor cuantía. En este sentido, y no sin ciertas dudas planteadas por el mismo autor, este concluye que sí que hay una correlación entre una insatisfacción creciente con el régimen legal existente (que impone restricciones a las limitaciones de responsabilidad incluidas en CGC) a medida que se incrementa el importe de los contratos en cuestión. Esto es, cuanto mayor es el importe del contrato, parece percibirse una mayor necesidad de liberalización de las restricciones para pactar limitaciones de responsabilidad mediante CGC.

La segunda pregunta que se plantea el autor tiene a su vez relación con el fundamento de “abusividad” al control de contenido de las CGC. Estos controles tienen como objetivo contrarrestar el mayor poder de mercado que el predisponente tiene y le permite imponer sus CGC, actuando como herramienta para compensar esa diferencia. LEUSCHNER se plantea si, como parece más lógico *a priori*, a medida que el poder del mercado disminuye existe, en síntesis, un mayor acuerdo con la afirmación de que las limitaciones que impone la legislación son satisfactorias

(aunque LEUSCHNER lo expresa de forma más compleja). Analizado el asunto desde la óptica tanto de proveedor/vendedor como la de comprador/cliente, sin embargo, las respuestas no parecen confirmar que exista ese posible vínculo en todos los casos.

Desde la perspectiva del comprador, sí parecía darse una correlación con respecto a que, a medida que el poder del mercado disminuye, las empresas perciben una mayor necesidad de protección contra los intentos de sus proveedores. Sin embargo, la posición no era tan clara para las grandes empresas, o al menos los datos no parecían poder confirmar una relación entre mayor poder de mercado y una visión contraria a los controles de contenido de este tipo de cláusulas. Las razones —señala LEUSCHNER— seguramente tienen que ver con situaciones más complejas en las que quien está interesado en imponer la limitación de responsabilidad vía CGC (normalmente como proveedor) puede ser la parte débil. En esos casos, o bien la limitación es negociada para excluirla, o lo que se aplica son las CGC del cliente, con mayor poder de negociación, que naturalmente tenderá a excluir dicha limitación.

Este último ejemplo pone de manifiesto, y ya excediendo el ámbito del Informe Leuschner, la complejidad y diversidad de situaciones que encontramos en las CGC entre profesionales, donde la parte que tendemos a pensar que impone sus CGC como predisponente es la parte que realiza la prestación característica del contrato (entrega el bien o servicio a cambio de una compensación generalmente monetaria), cuando en muchos casos, especialmente si el cliente o comprador tiene una posición de mayor fuerza (por tamaño, generalmente) se puede invertir la situación (por ejemplo, condiciones generales de compra de las empresas).

5.3.3 Conclusiones de la encuesta sobre la experiencia de las CGC en procedimientos arbitrales

En cuanto a las conclusiones de la encuesta sobre la experiencia de las CGC en procedimientos arbitrales por profesionales jurídicos, los resultados no parecen mostrar una imagen tan beneficiosa de la normativa alemana como la que estamos acostumbrados a percibir, al menos para un tipo de contratación. Las operaciones de elevado importe y entre grandes empresas constituyen el grueso de los contratos considerados en estos procedimientos de arbitraje. De hecho la gran mayoría de los procedimientos arbitrales

mencionados tratan de contratos por un importe superior a 500.000 €, y dos tercios de los casos por importe superior a 2.000.000 €¹²⁵. Además, están centrados en tipos contractuales específicos, tales como contratos de construcción y construcción de plantas industriales (66%), contratos de compraventa de empresas (62%) y contratos de distribución (53%)¹²⁶. Otros grupos relevantes serían los estatutos sociales (28%), los contratos de compra de bienes de capital (26%) y los acuerdos de licencia (15%).

La encuesta sobre la experiencia de las CGC en procedimientos arbitrales por profesionales jurídicos nos da acceso a un tipo de contratación que está lejos de lo que consideramos el ámbito tradicional de las CGC: contratos de importe elevado entre partes generalmente de tamaño importante y experiencia en sus sectores de actividad, y con acceso a asesoramiento legal en el momento de conclusión de los contratos. En este contexto los criterios de abusividad, asimetría informativa, falta de negociación, traslado de costes de la operación, etc., que luego veremos constituyen algunos de los fundamentos básicos para justificar los controles a las CGC, no parecen tan claros, o al menos no siguen el patrón habitual cuando pensamos en CGC desde la experiencia general.

La primera conclusión es que en estos contratos el recurso al argumento de que estamos ante CGC y que hay que aplicar controles de contenido es más frecuente de lo que podríamos pensar. En el 31% de los procedimientos de arbitraje a los que se aplica la ley alemana, alguna de las partes cuestiona la efectividad de una o más cláusulas contractuales por mantener que se trataba de CGC y ocasionaba alguna forma de desequilibrio contractual¹²⁷. Es más, esta posible calificación fue considerada seriamente en un 58% de los casos en que se adujo este motivo, y hasta en un 35% de los casos en que se planteó tuvo un efecto real en el resultado del procedimiento arbitral¹²⁸.

En segundo lugar, el tipo de cláusulas para las que más frecuentemente se invocaba ese carácter de CGC, y que se buscaba eliminar del contrato, pertenecían a dos ámbitos: el de las limitaciones y exclusiones de responsabilidad, en un 96% de los casos, y las cláusulas

¹²⁵ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 144.

¹²⁶ Las cifras de porcentajes entre paréntesis corresponden al denominado grupo de expertos, es decir, los que participan en mayor número de arbitrajes, y más relevantes. Para el conjunto de los participantes, los porcentajes son inferiores (el 51 %, 47 % y 39 %, respectivamente).

¹²⁷ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 145.

¹²⁸ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 146.

de daños prefijados o penalizaciones contractuales (64%). Otras cláusulas que se presentaban con alguna frecuencia, aunque lejos de los porcentajes anteriores, eran las de exclusión o limitación de las obligaciones de inspección y notificación a tiempo (24%), las de derechos de cancelación y resolución (22%), las extensiones de responsabilidad (18%) y la renovación o extensión de contratos (12%)¹²⁹.

En tercer lugar, un concepto clave que diferencia la actuación de los tribunales arbitrales respecto a los ordinarios es una consideración más laxa de la existencia de negociación para considerar que determinadas cláusulas no son CGC. Según la experiencia de los participantes en estos procedimientos de arbitraje, los criterios que hacen a los árbitros decidir que no están ante CGC son, en este orden de frecuencia, una negociación intensiva general del contrato, el cambio textual de la cláusula concreta (por ejemplo, de limitación de responsabilidad, en comparación con el borrador inicial) y negociaciones intensivas sobre las modalidades de limitación de responsabilidad, aunque no trataran de una cláusula en concreto¹³⁰.

En otros campos, en cambio, los tribunales arbitrales parecen seguir más literalmente la jurisprudencia alemana, en particular respecto a la imposibilidad de limitar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones sustanciales de un contrato en las CGC, que mayoritariamente se reconocía en un 62% que era respetada¹³¹.

En cuarto lugar, la normativa alemana de CGC tiene un efecto en las partes a la hora de escoger o no su aplicación en el caso de contratos transfronterizos, y parece ser de hecho un elemento importante para su no elección (65%)¹³². Respecto a los contratos sin ese componente transfronterizo, los puramente nacionales, el supuesto de la exclusión de la ley alemana y la elección en su lugar de otra ley suele ser relativamente minoritario, aunque no irrelevante. En el caso de intentar evitar la aplicación de la ley alemana por existir un componente transnacional, los sistemas más utilizados son las leyes suizas (83%) y las leyes inglesas (45%), si bien la cuarta parte de los expertos declararon que habían experimentado

¹²⁹ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 145.

¹³⁰ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 146.

¹³¹ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 146.

¹³² LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 147.

cláusulas de elección de ley según las cuales debería aplicarse la ley alemana, excluyendo expresamente la normativa de CGC¹³³.

En quinto y último lugar, y tal vez la conclusión más negativa y sorprendente del Informe Leuschner, es que:

“El papel desempeñado por los artículos 305 y siguientes del BGB [que regulan las CGC] en el contexto de los procedimientos de arbitraje es, en su mayor parte, evaluado negativamente por los expertos en arbitraje. Alrededor de 3/4 de los expertos opinan que el control de las CGC en el tráfico entre profesionales restringe la libertad contractual de las empresas de manera inapropiada. Casi dos tercios de los expertos creen que los arts. 305 y siguientes del BGB hacen que las partes en contratos transfronterizos no elijan la ley alemana como ley sustantiva”¹³⁴.

Volveremos más adelante a este punto cuando tratemos la legislación alemana sobre CGC, puesto que no estamos habituados a oír semejantes críticas al sistema que se nos propone en muchos casos como modelo.

¹³³ LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 145.

¹³⁴ “Die Rolle, die die §§ 305 ff. BGB hiernach im Rahmen von Schiedsverfahren spielen, wird von den Experten der Schiedsgerichtsbarkeit überwiegend negativ bewertet. Etwa 3/4 der Experten sind der Auffassung, die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr schränke die Vertragsfreiheit der Unternehmen unangemessen ein. Knapp 2/3 der Experten meinen, die §§ 305 ff. BGB würden Parteien grenzüberschreitender Verträge davon abhalten, deutsches Recht (als materielles Recht) zu wählen“ (LEUSCHNER, L., “Derecho...”, o.c., p. 147).

CAPÍTULO 3: UN ANÁLISIS EMPIRICO SOBRE LA REALIDAD DE EMPRESAS ESPAÑOLAS

1. Introducción y objetivos del estudio

En este capítulo se plantea un estudio empírico de la actividad contractual de las empresas basado directamente en una revisión de los contratos. Los datos del Informe Leuschner o de los procesos consultivos en Francia y, sobre todo, en Australia, se basaban no en la revisión de los documentos contractuales, sino en las opiniones o percepciones que de ellos tenían las partes que intervenían en su negociación. Como LEUSCHNER señalaba en muchas ocasiones, esto suscitaba problemas porque, aunque su cuestionario estuviera preparado para poder ser contestado por no expertos en derecho, subyacían en él una serie de conceptos jurídicos que no siempre se interpretaban bien. Por su parte, en el proceso consultivo australiano, las opiniones se expresaban de manera a veces muy general o excesivamente concreta, y, dado además el propósito de la consulta, con la intención clara de influir en uno u otro sentido de la posible regulación futura de las CGC entre profesionales. Por otra parte, los estudios empíricos que hemos citado en el apartado 4 sí trabajan en muchos casos directamente sobre los contratos, pero en general se trataba de contratos de una misma clase (contratos de *software*, contratos de franquicia, etc.).

Sobre la base de la metodología de todos estos procesos, hemos diseñado un estudio propio que (a) está basado en la revisión de los contratos entre profesionales, (b) proporciona una visión lo más de conjunto posible en la significación de las CGC en la contratación entre profesionales y en los distintos tipos de contratos y (c) procura presentar el mayor tipo de variedad de situaciones y supuestos “problemáticos” que se puedan encontrar en los contratos entre profesionales sujetos a CGC.

El estudio está basado, fundamentalmente, en la revisión directa de contratos entre profesionales. Se ha llevado a cabo sin escoger un tipo o tipos de contrato en particular como base, sino la pluralidad de contratos que suscriben los profesionales, bien de redacción propia, bien de redacción exterior. Para ello hemos escogido quince empresas —de tamaños y sectores diferentes— y un total de 250 contratos de todo tipo suscritos con otras empresas o profesionales. Hemos excluido, por tanto, la contratación con consumidores que se daba en algún caso y otro tipo de contratos (tales como los contratos de trabajo) excluidos del ámbito de aplicación de la LCGC y sometidos en general a su propia normativa.

Hemos seguido pues, aunque no nos lo propusiéramos, las indicaciones que ya daba hace tiempo GARCÍA CANTERO en el antes mencionado trabajo:

“[...] cabe preguntar cómo puede ser llevado a la práctica en su totalidad o en parte [...]. Entiendo que no es preciso haber cursado estudios de Sociología para utilizar sus técnicas con finalidad jurídica, y que algunas de ellas están al alcance de cualquier universitario.

Se trata fundamentalmente de aislar la realidad jurídica allí donde se encuentre. Ello resultará relativamente fácil cuando el contrato se ha inscrito en algún Registro público, o cuando se ha suscitado una controversia jurídica y ha quedado constancia en los repertorios jurisprudenciales. [...] Otras veces, con las cautelas de rigor, será menester acudir a los Protocolos Notariales, a los Libros del Registro de la Propiedad, a la documentación que se conserva en las Cámaras de la Propiedad Urbana, de Comercio, Agrarias, etc. En ocasiones, ante la ausencia de constancia escrita, será preciso acudir a la investigación directa utilizando la encuesta personal, oral o escrita. [...] A veces podría bastar repasar, con espíritu observador, los anuncios por palabras de la prensa diaria.”¹³⁵

El propósito de este estudio no es establecer conclusiones sobre el uso de CGC en la práctica empresarial española, o en general sobre la contratación, puesto que la muestra debería ampliarse con más empresas y contratos. La finalidad es utilizar este análisis para detectar aquellos aspectos, problemas o situaciones diversas en que podemos encontrar las CGC entre profesionales, y plantearnos preguntas y cuestiones que luego abordaremos en esta tesis sobre el tratamiento de los contratos con CGC.

De este estudio limitado resultarán algunas cuestiones y líneas de trabajo que luego desarrollaremos a la hora de considerar su tratamiento jurídico y que pueden servir igualmente, en cuanto que son muestra de la presencia, relevancia y significado de las CGC en la contratación, como un elemento más a considerar a la hora de revisar las propuestas legislativas sobre el tratamiento de CGC planteadas en la actualidad.

2. Datos y representatividad de la muestra utilizada (empresas y contratos)

Para la realización de este estudio hemos trabajado con ejemplos de contratos de 15 profesionales que responden a parámetros y situaciones económicas distintas, de tamaño, sectores y situación. Se han agrupado en función de su tamaño¹³⁶, un criterio que es particularmente relevante en el contexto de las CGC, en tres categorías:

¹³⁵ GARCÍA CANTERO, G., “Notas..”, o.c. , p. 749.

¹³⁶ A efectos de tamaño hemos tenido en cuenta tanto el número de trabajadores empleados directamente como otros indicadores relativos a su cifra de negocios, activos, etc.

- (i) Empresas categoría A (5 profesionales): microempresas¹³⁷ de menos de 10 trabajadores, correspondientes a diversas actividades de venta de bienes a consumidores y prestación de servicios en distintos sectores, tales como el inmobiliario, servicios jurídicos, la salud, etc. Estos profesionales —en algún caso empresarios personas físicas— tenían en algunas ocasiones a consumidores como clientes finales, a veces mediatizados a través de clientes intermedios (compañías de seguros de salud o mutuas), pero en otros casos sus clientes son otros profesionales.
- (ii) Empresas categoría B (5 profesionales): empresas pequeñas, con entre 10 y 49 empleados, con una variedad de actividades, tales como la distribución, pequeña industria, servicios especializados, etc. Sus clientes son fundamentalmente otras empresas, tantas empresas más pequeñas, de tamaño similar o grandes empresas. En uno de los casos, la empresa también trataba con consumidores.
- (iii) Empresas categoría C (5 profesionales): empresas medianas y grandes con más de 50 empleados o con activos superiores a 10 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros. Sus actividades empresariales son igualmente variadas, desde la provisión de servicios especializados, la explotación en régimen de alquiler de un inmueble (un centro comercial), servicios generales o red de distribución comercial de productos. Sus clientes son mayoritariamente otras empresas o profesionales, salvo en un caso en que los clientes incluyen tanto empresas como consumidores.

Se trata, por lo tanto, de empresas de formas sociales, tipología y sectores distintos, que si bien no podemos asegurar que representen a todos los sectores de la economía o

¹³⁷ Para la consideración del tamaño de las empresas en este estudio seguimos fundamentalmente los criterios establecidos por la Recomendación de la Comisión Europea, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, si bien matizado porque como el elemento de los trabajadores. Como ya vimos en el caso del proceso de consulta australiano referido en el Capítulo 5.2, el número de trabajadores no siempre es representativo del “tamaño real”. En estos casos, cuando los umbrales de activos o facturación encajaban con los señalados legalmente, y con independencia del número de trabajadores, por haber externalizado esos servicios, hemos considerado que la empresa era empresa mediana o grande, pese a no cumplir con el criterio del número de trabajadores.

prácticas empresariales, sí incluyen una muestra variada, pues no hemos seleccionado en ningún caso dos empresas que tengan la misma actividad básica.

Respecto a los contratos, hemos seleccionado un total de 250, con un número igual aproximadamente para cada una de las categorías de empresas (86 para los profesionales tipo A y B, de menor tamaño, y algo menor, 78 contratos, para los profesionales medianos y grandes). El elemento fundamental para su selección ha sido el de intentar incluir siempre los de mayor relevancia para la empresa, pero con matices, incluyendo otros que aseguren una cierta representatividad de la contratación general. Para seleccionar los de mayor importancia, nos hemos centrado en dos criterios. Por un lado, y de forma principal para encontrar un parámetro objetivo, el monetario, escogiendo fundamentalmente los contratos de mayor importe (importe nominal) para cada profesional. También se han incorporado aquellos otros contratos esenciales para la actividad empresarial genérica tales como (a) los relativos a las infraestructuras básicas de la empresa; (b) contratos definitorios del tipo de actividad (p. ej., franquicias o contratos de distribución); o (c) los contratos de arrendamiento de la base física de la empresa (local de negocio), servicios básicos de electricidad, teléfono, etc., y los relativos a la financiación y operativa bancaria, al menos en una muestra, que se consideran de relevancia para la sociedad.

Además, y fuera ya del criterio de relevancia cuantitativa o cualitativa, para cada una de las categorías hemos tomado aproximadamente 10 ejemplos de contratos que podríamos denominar “menores”, tales como pequeñas compras o ventas de bienes o servicios, que, pese a su importe, constituyen en la mayoría de los casos la mayor cantidad de contratos desde el punto de vista numérico. Éstos han presentado la peculiaridad de, en muchos casos, no dejar en los archivos de la empresa un soporte contractual distinto que las facturas u otro tipo de documentación menor, lo que en sí mismo también es indicativo. Por ello, cuando era posible sin un esfuerzo desproporcionado, hemos procedido a “reconstruir” el contenido de la relación contractual mediante visitas a las páginas web (no siempre con éxito), información disponible en el local de adquisición de los servicios, o situaciones similares (por ejemplo, para la utilización de medios de transporte, como fue el caso de un billete de avión, hemos usado otro billete disponible de la misma compañía). De cualquier forma, esta peculiaridad no deja en sí misma de ser representativa de las posibles dificultades de un profesional respecto a dichos contratos a la hora de ejercer, en su caso, derechos al respecto.

No se han seleccionado los contratos sobre el criterio de contener o no CGC, sino que se ha buscado configurar una muestra suficientemente representativa de la actividad contractual, con presencia de todos los tipos de contratos necesarios para el desarrollo de su actividad, pero con mayor incidencia en aquellos de más importancia para el profesional por su importe.

Como criterio de clasificación de los contratos en relación con su importe en siete tramos, dado que el importe de los contratos suele ser otro de los criterios, junto con el tamaño de la empresa, que se considera relevante a los efectos de un análisis de CGC, en particular desde el punto de vista de los costes asociados, y de relevancia para el mismo profesional.

3. Cuestiones planteadas

Con este conjunto de datos se ha planteado un cuestionario de preguntas específicamente preparadas para tratar abordar los temas que habitualmente se plantean en la contratación bajo CGC entre profesionales. Las preguntas se agrupan en dos grandes bloques: uno relativo a los contratos mismos o a las CGC contenidas en ellos —preguntas (i) a (v)— y otro relativo al proceso de contratación y a las partes mismas —preguntas (vi) a (x)—:

- (i) Amplitud de uso de las CGC en la contratación entre profesionales y problemas de identificación.
- (ii) Formalización de la documentación y las CGC.
- (iii) Extensión, detalle y aplicación al supuesto de las CGC.
- (iv) Adaptación de las CGC al objeto de la contratación.
- (v) Uso de CGC estandarizadas en una industria, sector o ámbito concreto.
- (vi) Partes participantes (o con un interés) en la relación contractual.
- (vii) Papel como predisponente y adherente de las CGC.
- (viii) Tamaño de las contrapartes en las posiciones de predisponente y adherente de las CGC.
- (ix) Relación que el objeto del contrato tenga con la actividad característica de las partes.

- (x) Actividad negociadora.

4. Conceptos condicionantes: posibilidad de reconocer las CGC

Tales estas cuestiones parten de algunos conceptos claves y preguntas iniciales, tales como la posibilidad de poder establecer claramente cuándo nos encontramos ante CGC o si podemos dar respuesta a esta pregunta únicamente desde la documentación contractual. La decisión es en muchos casos compleja.

A los efectos de este estudio, hemos distinguido como punto de partida cuatro supuestos sobre la presencia o no de CGC. Sin embargo, como cuestión previa, necesitamos aceptar que un lector tercero, solo a partir de la lectura del contrato, va a poder decidir si estamos o no ante CGC. La respuesta es, en muchos casos, negativa. En un ámbito de tanta diversidad de contratos, como es el mundo de los profesionales, y en una categoría jurídica como la de las CGC, que implican la necesidad de conocer información que no necesariamente se manifiesta en la documentación del contrato (la pre redacción, imposición y, sobre todo, la generalidad), decidir, aunque solo sea a los efectos del estudio, si estamos ante CGC o no, resulta en ocasiones difícil. Aun para una persona entrenada en la revisión de contratos, no resulta en muchos casos fácil decidir si nos encontramos ante CGC o no tal y como estas se definen en derecho español (art. 1 LCGC).

En muchas de las respuestas, de los 250 contratos revisados, vamos a considerar solo aquellos contratos que contienen o pueden contener CGC (que ya adelantamos que conforman un número muy elevado). Por lo tanto, vamos a detenernos ahora en cierto detalle al respecto, en particular para entender los casos en que hemos considerado que estamos ante contratos negociados sin CGC, o donde las dudas son muy altas:

(A) “CGC” o contratos bajo CGC

La primera categoría comprende aquellos casos de contratos que incluyen cláusulas que, o son fácilmente reconocibles como CGC, o lo son al menos con una alta probabilidad de ser consideradas como tales. No se trata de que todo el contrato o una parte esencial de él sean CGC. Como luego veremos, en ocasiones solo son determinadas cláusulas las que claramente podemos identificar (p. ej., las cláusulas o anexos que imponen al adherente determinados comportamientos genéricos, por ejemplo, de respecto de derechos laborales o medioambientales, que pueden estar en un contrato por lo demás totalmente negociado).

El primer supuesto —el más claro— es cuando las CGC son identificadas directamente así por el contratante predisponente para la totalidad de la relación o parte del contenido obligacional. Así, por ejemplo, encontramos casos en que el documento se identifica como “condiciones generales”, “reglamento”, “condiciones de utilización”, “condiciones de compra”, “política de compras”, generalmente con una pretensión de regular la totalidad del contenido contractual, salvo los elementos particulares esenciales, como el objeto, precio y plazos. En otros casos la inclusión es sólo de determinadas cuestiones parciales (“condiciones o políticas de devolución”, “condiciones de arreglos”, “reparación o mantenimiento”, “condiciones de la garantía”, etc.). Pueden estar presentes en la documentación contractual o incorporarse por referencia a modelos externos (como los denominados contratos marcos de operaciones financieras, CMOF, Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional o los *international commercial terms*, INCOTERMS, etc.).

El segundo supuesto de consideración clara es cuando el carácter de CGC se deduce fácilmente de su apariencia externa y presentación, sin necesidad de identificarlos como CGC, tales como documentos impresos previamente, condiciones contenidas en los reversos de facturas, etc..

Así, estamos ante ejemplos claros de este tipo de CGC cuando las condiciones particulares expresamente rechazan o matizan alguna de estas condiciones (“el apartado X no será de aplicación en este contrato”, “el plazo previsto en la cláusula X no será de 15 días, sino de 30 días”, etc.). Todos estos elementos nos permiten adivinar que estamos ante condiciones al menos prerredactadas para una pluralidad de contratos, y la negociación de algunas cláusulas permite ofrecernos una prueba *a contrario* de que las demás no han sido negociadas y que, por lo tanto, son impuestas. En otros casos, las denominadas condiciones particulares “escogen” una de entre las varias condiciones previstas en el texto del contrato lo que evidencia de forma clara el carácter de CGC del texto, sin necesidad de mayores trabajos.

Por ejemplo, en contratos preparados para la adquisición de distintos tipos de bienes y servicios, la elección sirve para adaptar las CGC al tipo de bien o servicio objeto de contratación, y se señala en las condiciones particulares qué secciones u opciones se aplican al contrato correspondiente. Por cierto, esta elección en las condiciones particulares tampoco

implica en sí misma que no estemos en este caso ante CGC y no ante una condición particular. En ocasiones, lo que se contiene como condiciones particulares son igualmente CGC o elección entre las diversas opciones posibles de CGC aplicables de las previstas en el texto de CGC. El predisponente puede imponer no solo la redacción, sino la elección misma, por lo que no deben identificarse estos documentos con condiciones particulares o negociados de forma automática.

En esta categoría de contratos fácilmente reconocibles por su apariencia externa o por otros caracteres como los mencionados, se incluyen partes importantes de la contratación. En nuestro estudio hemos encontrado como ejemplos los relativos a los contratos que hemos denominado de infraestructura empresarial, tales como servicios de electricidad, agua, telecomunicaciones, etc., u otros del sector de los seguros o bancario en sus fórmulas más sencillas como los contratos de apertura de cuenta corriente, etc.

En tercer lugar, dentro de la categoría que hemos denominado CGC incluimos aquellos contratos con alta probabilidad de ser considerados CGC. Son contratos, más o menos extensos, que parecen haber sido preparados para la concreta relación jurídica. Sin embargo, bien porque éstas sean conocidas por el sector al que se refieren, bien la contraparte o por la forma de contratación, un tercero ajeno al contrato puede fácilmente identificar que estamos ante un contrato bajo CGC, al menos en su conjunto. Por ejemplo, los préstamos hipotecarios con forma de escritura notarial sabemos que suelen ser en gran parte CGC, pese a su apariencia externa (aunque cuando el prestatario es una empresa grande no debemos hacer automáticamente esta asunción). Dadas las mejoras técnicas en el mundo informático, cada vez resulta más fácil incluir las CGC, incluso escoger entre las opciones diversas, de forma previa a la generación del texto y que este no parezca un impreso o formulario. El texto generado, sin embargo, tiene la apariencia de contrato negociado, o negociable, e incluso es intercambiado por las partes en varias versiones y modificado en algunos pocos aspectos.

En cuarto y último lugar, incluimos en esta categoría igualmente aquellos documentos que las partes identifican como CGC fuera del contrato. Pese a que no resulta obvio del documento, ni de la práctica del sector, ni necesariamente corresponden a las partes (una empresa pequeña o mediana, que no contrata masivamente), es el “predisponente” el que señala a la otra parte que se trata de CGC. Puede darse esta calificación en el momento

inicial o durante la negociación (o intento de negociación). Se trata en muchos casos de un recurso para impedir o desincentivar la negociación (“estas son mis condiciones generales”, “este es mi contrato modelo para que lo firmes”), o como argumento de negociación en relación con aspectos concretos (“no puedo modificar este punto porque todos mis contratos lo incluyen” o “es política de mi casa no aceptar contratos sin esta condición”). La diferencia con los supuestos anteriores es que en ese caso la consideramos como CGC únicamente por esta referencia de las partes en el proceso de contratación. Se trata de un argumento de negociación, y resultan por lo tanto muy difícilmente identificables a un lector externo, y además presentan importantes problemas de prueba para la parte que recibió las condiciones si dichas aseveraciones no se hacen por escrito, sino, como suele ser más habitual durante reuniones de las partes.

Aun así, esta categoría no debe construirse de manera absoluta. La apariencia externa, la práctica de un sector o las mismas declaraciones de una parte contractual han de verse con precaución, y en muchos casos podemos encontrar que no se trata realmente de CGC, aunque así se denominen ellas mismas o por las partes en un momento inicial. Por un lado, hay documentos que se denominan “condiciones generales” a sí mismos, pero que son objeto de una intensa negociación de las partes (en el caso de varias empresas medianas y grandes hemos encontrado varios documentos muy modificados que, sin embargo, seguían llamándose “condiciones generales”). Igualmente habría que considerar el supuesto de las denominadas “batallas de formularios”, ¿hay negociación cuando estamos ante una contrapropuesta total de la otra parte? Es una cuestión muy compleja que luego trataremos, pues en el fondo subyace una propuesta de modificación total y, por lo tanto, una actividad, al menos en el plano teórico, de negociación de la totalidad del contrato. Por otro lado, los argumentos durante la negociación de estar ante CGC para evitar o limitar la negociación — como cualquier abogado o empresario conoce— son además en muchos casos falsos, y casi todas las políticas tienen sus excepciones. En caso de que el contrato sea lo suficientemente interesante, pueden hacerse excepciones. Sin embargo, el uso como argumento de negociación, o para evitar la negociación, puede tener su relevancia (en este caso adversa) en caso que sea considerada como CGC a los efectos de la aplicación de los correspondientes controles. Aunque son supuestos que consideraremos más tarde a la hora de ver los problemas jurídicos de la consideración o no como CGC, a los efectos del estudio los trataremos como CGC.

(B) “Casos dudosos” o posibles CGC

En este caso se trata de CGC que no pueden identificarse o probarse como tales de manera fácil, aunque algunas pistas parecen indicar que efectivamente se trata de CGC.

Aquí nos encontramos con documentos que ni en denominación, apariencia externa, o forma de su introducción o uso durante el proceso de contratación, la otra parte puede identificar como CGC, por no estar clara la presencia de alguna de las notas características de las CGC. Puede ocurrir que no esté claro el uso general o al menos amplio si la contraparte o posible adherente no sabe si el modelo es el que usa de forma general la otra parte, o simplemente se está “reutilizando” un contrato o partes de él. Así, por ejemplo, varios de los contratos de una de las microempresas de la categoría A con sus empresarios individuales colaboradores parecen simplemente ir copiándose unos a otros.

Un supuesto interesante serían los contratos redactados sujetos a “modelos”, ocasiones además habituales del sector correspondiente. En la muestra de contratos revisada hemos encontrado algunos que parecen estar basados en dos modelos internacionales. Uno de los contratos de obras revisado parece seguir el modelo “*FIDIC green book*”¹³⁸. El segundo documento es un contrato de préstamo que parece seguir en gran parte el modelo de “*Real Estate Finance*” de la “Loan Market Association”¹³⁹. La clave en este tipo de documentos es que se presentan a sí mismos únicamente como modelos o punto de partida, en ocasiones con diversas opciones o propuestas para el adaptador. Además, en muchos casos han sido elaborados por instituciones que tratan de realizar un esfuerzo de cierto equilibrio (discutible no pocas veces) entre los intereses de las partes, precisamente para incentivar su uso. Este supuesto equilibrio no alteraría su calificación como CGC, pero sí

¹³⁸ Los que en adelante denominaremos como “contratos FIDIC” son un modelo estándar de contratos preparados por la “*International Federation of Consulting Engineers*” desde 1957 y ampliamente utilizados a nivel internacional en los sectores de la ingeniería y la construcción. Por ejemplo, en muchos de los proyectos que financian los grandes prestamistas multilaterales como el Banco Mundial, el Banco Europeo de Inversiones, o el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo, se impone la necesidad de que los contratos de construcción sigan este modelo. Existen distintos modelos (*green book*, *red book*, *yellow book* o *silver book*) aplicables según la complejidad de las obras o cuestiones relativas a quién realice el diseño.

¹³⁹ La *Loan Market Association* (en adelante, LMA) es una institución con sede en Londres y fundada en 1996, que reúne a un alto número de participantes de diversas nacionalidades y tipología (bancos, inversores institucionales, empresas de servicios financieros, despachos de abogados). Una de sus principales funciones es la publicación de una serie de modelos, con sus correspondientes guías, para su uso por los participantes en las distintas operaciones de financiación (www.lma.eu.com).

podría ser un elemento relevante a la hora de aplicar posibles controles de contenido o de transparencia.

Suelen ser documentos ciertamente complejos, puesto que las operaciones subyacentes lo son. En no pocas ocasiones plantean problemas de adaptación a la legislación nacional, o incluso de entendimiento, puesto que su “uso internacional” suele venir precedido de fuertes influencias de otros derechos, especialmente del ámbito anglosajón. En muchas ocasiones incluso a un abogado con experiencia se le hace difícil interpretar cuál es el sentido de algunos pactos, por su redacción, o por la utilización de terminología o conceptos que no encajan bien con nuestro derecho, generando oscuridades en las que sería aplicable la regla *contra proferentem*.

En todos estos casos hablamos de posibles CGC, porque creemos que existe una posibilidad de que estos contratos, o parte de ellos, puedan ser considerados como CGC en caso de disputa. Por ejemplo, en Alemania los contratos FIDIC son generalmente considerados como CGC¹⁴⁰.

(C) “Información insuficiente”

En esta categoría hemos clasificado aquellos contratos que no podemos ni afirmar, ni siquiera como posible, pero tampoco descartar, que se trata de CGC porque carecemos de información sobre una posible negociación, o los documentos no se corresponden con ningún modelo aparente o conocido (como los modelos internacionales antes citado), ni vemos que se repita su uso. Sin embargo, son documentos de cierta extensión y complejidad que requieren un esfuerzo importante de dedicación que no parece ser proporcional con el importe del contrato, por lo que tampoco podemos excluirlos como CGC. En la mayoría de los casos, son empresas distintas de las revisadas las que han preparado el contrato y, por lo tanto, nos podríamos encontrar en situaciones similares al apartado (ii) donde simplemente nos falta la información sobre el uso repetido que sí habíamos tenido en el supuesto anterior. Ante la duda, hemos preferido ser cautos y no incluir estos contratos como con CGC para no distorsionar el análisis y las posibles conclusiones.

¹⁴⁰ Como se ha señalado, siguiendo a la doctrina alemana, el equivalente en Alemania de los contratos FIDIC, el VOB/B, es considerado como CGC : “*Whether or not the VOB/B has the quality of terms and conditions is in dispute, however the Supreme Court and the prevailing opinion in legal literature is to consider VOB/B to be general terms and conditions*” (ABRAHAM, W. y DE ALMEIDA, M. I., “Fidic: An Analysis of International Construction Contracts”, Kluwer, 2004, p. 91).

(D) “No CGC” o contratos fácilmente identificables como no CGC

Se trata de supuestos en que tanto un tercero como las partes pueden reconocer fácilmente que no estamos ante CGC (o al menos existe una fuerte apariencia de no ser CGC) por diversos motivos. Puede ser por falta de regulación en general, como transacciones simples sin documentación contractual alguna. En otros casos parecen documentos con un objeto único o donde parece poco probable su redacción previa o de uso generalizado, contratos muy específicos para un supuesto o *intuitu personae*. Finalmente, otros contratos aparecen como claramente objetos de negociaciones generalizadas. Aun así, estos contratos pueden incluir fácilmente cláusulas “de estilo”, lo que los norteamericanos denominan *boiler plate*, con la misma o muy similar regulación en cuanto al fondo, pero no a la forma, y donde las partes no son concientes de que podemos estar hablando de CGC. Se incluyen en contratos altamente negociados, pero ellas mismas muchas veces no son objeto de modificación o discusión (por ejemplo, las relativas a la manera de efectuar notificaciones, etc.).

5. Resultados

5.1. Amplitud de uso de las CGC en la contratación entre profesionales y problemas de identificación

Ya de forma intuitiva o de la experiencia que hemos visto en los estudios y procesos consultivos antes citados, podemos entender que una parte importante de los contratos que se suscriben entre profesionales van a ser en su totalidad CGC o a incluir algunas CGC. Lo que, sin embargo, no parece tan fácil es concretar un nivel de relevancia de las CGC en el conjunto de los suscritos por los profesionales, y sobre todo identificar aquellas zonas grises, donde hay menor claridad sobre si se usan o no CGC.

Para ello, por un lado, revisaremos la presencia de CGC (Tabla 1) según las empresas con las que hemos trabajado: microempresa, pequeña empresa y mediana empresa. Por otro lado, haremos el mismo análisis, pero desde el conjunto de los contratos, tomando como referencia las distintas categorías de su importe, viendo para cada una de las categorías la presencia o no de CGC en la contratación (Tabla 2), o, al revés, partiendo de la presencia o no de CGC, para ver si ésta puede identificarse con algún tipo de contrato en cuanto a su importe (**Error! No se encuentra el origen de la referencia.**).

Como hemos visto ya anteriormente, la primera pregunta que nos planteamos ante un contrato —si estamos o no frente a CGC, en todo o en parte— presenta una gran variedad de situaciones e incertidumbres que no permiten en muchos casos una respuesta fácil. Hay varias zonas dudosas que no han sido muy tratadas por nuestra jurisprudencia. Esta falta de tratamiento jurisprudencial se debe fundamentalmente a la ausencia de controles de contenido. Ante la ausencia de este control, no hay mayor interés de las partes en alegar que estamos ante CGC, de tal manera que la jurisprudencia vaya delimitando el concepto, como sí se ha hecho en otros países.

De los resultados de la revisión de nuestra muestra, podemos concluir que los contratos con CGC están presentes de forma muy relevante en la contratación de todos los profesionales considerados. Igualmente observamos esa presencia en todas las categorías de contratos, tanto en los de importe menor (menos de 1000 euros) como en los muy superiores (más de 500.000 euros), con alguna matización que luego haremos. Es decir, que la presencia de CGC es un fenómeno generalizado en la muestra de empresas y contratos con la que hemos trabajado.

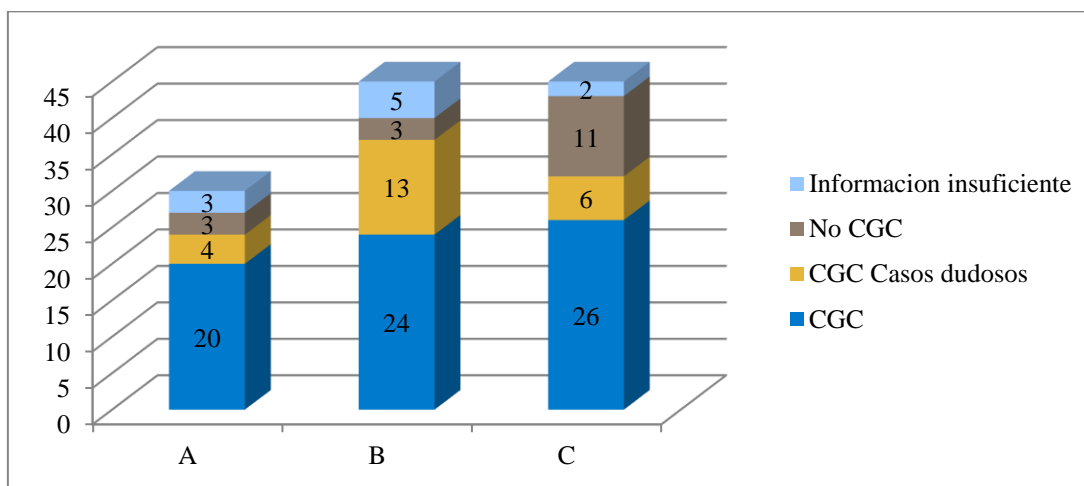


Tabla 1: Presencia de CGC en los contratos revisados

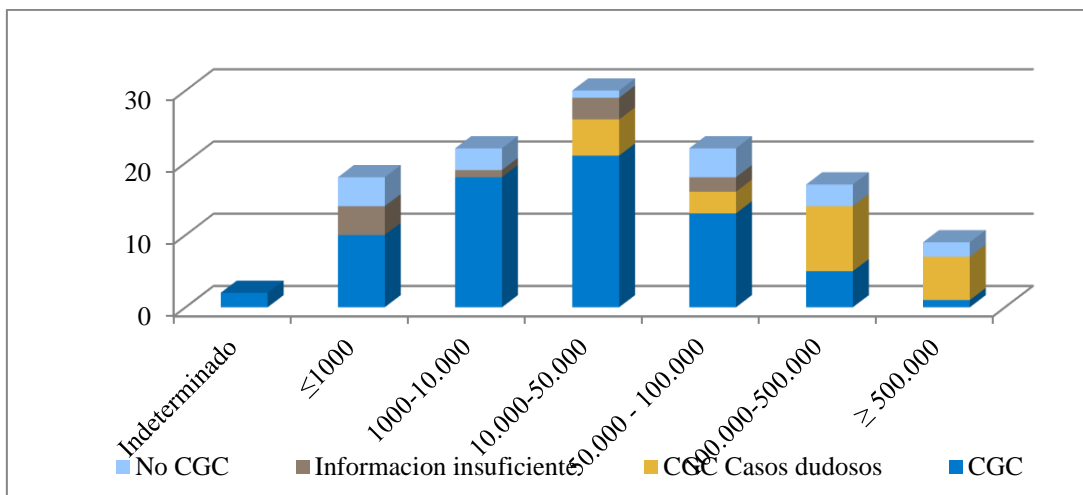


Tabla 2: Presencia de CGC según el importe de los contratos

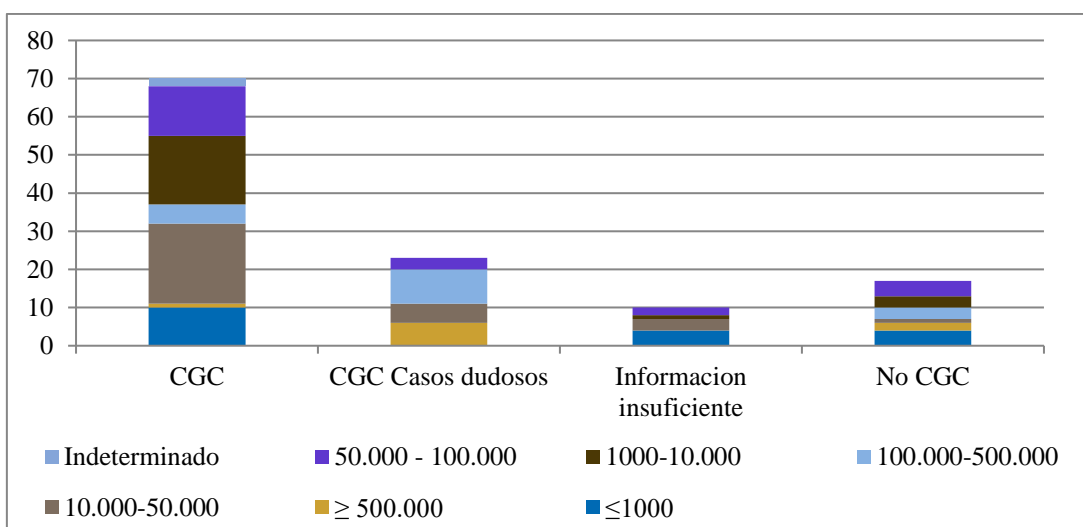


Tabla 3: Distribución de categorías de importe de los contratos según la presencia de CGC

Sin embargo, en línea con los objetivos antes expuestos de trabajar más en relación con las excepciones que con las reglas, sí que podemos plantearnos dos cuestiones: la primera, los casos en que no se aprecia la existencia de CGC; y la segunda, el carácter documentado de éstas.

Respecto a la primera matización, las situaciones donde precisamente se aprecia menor porcentaje claro de CGC están asociadas en la Tabla 1 a los de las empresas C, las de mayor tamaño, y en la Tabla 2 a los contratos de mayor importe (tanto los grupos de más de 100.000 a 500.000 euros como los superiores a ese importe), esto es los contratos de mayor importe y los de mayores empresas.

Como hemos dicho, sigue existiendo una presencia muy alta de CGC incluso en estas categorías, pero es también donde pueden darse más excepciones, que pueden venir motivadas no solo por el mayor tamaño o fuerza negociadora, sino también porque los contratos de mayor importe se plantean con menor frecuencia y, por lo tanto, pueden ser menos dados a la estandarización. Aun así, además de por la representatividad misma de la muestra, los datos han de tomarse con prevención por el segundo motivo.

Vista la amplitud de uso de las CGC, cabe entonces preguntarse si los controles de contenido deben ser adoptados o no para todos los contratos, con independencia de estar ante CGC. Esta aplicación podría emplearse, bien para toda la contratación, bien para sectores o tipos de contratos determinados, o bien, como ya ocurre en algunos casos, para determinadas cláusulas o pactos (por ejemplo, las cláusulas de sumisión expresan a determinados tribunales, o determinadas renunciaciones inválidas, como las relativas a la renuncia a la responsabilidad dolosa de la otra parte).

5.2. Formalización de la documentación y las CGC

La segunda cuestión que nos planteamos es la de la documentación física de la relación contractual, puesto que solamente es posible que hablemos de CGC si estas están documentadas por escrito y son puestas de manifiesto en esa relación, bien por su inclusión en el mismo documento del contrato, o porque las CGC están disponibles o accesibles por otros medios (anuncio de las CGC en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, inserción en la documentación de entrega o facturas, etc., tal y como prevé el art. 5 LCGC). El modo en que estén documentadas influye de forma notable en la posibilidad de su incorporación al contrato, la posibilidad de conocimiento real por el adherente, y, *a posteriori*, en el ejercicio de derechos.

A nuestros efectos, hemos distinguido cuatro categorías (aunque podrían hacerse muchas otras distinciones).

- a) La primera es la de los “contratos ordinarios”, o más bien documentación contractual ordinaria, en que las partes pretenden realizar una regulación más o menos detallada de la relación contractual, esto es, lo que se denomina en el lenguaje ordinario un contrato. Desde el punto de vista del acceso y conocimiento (sin entrar en cuestiones de redacción o información complementaria necesaria para entenderlas) es el supuesto más sencillo. Si las

CGC se han proporcionado con antelación suficiente podrán conocerse, y en cualquier caso se dispone de ellas para verificar a futuro su contenido en caso de querer ejercitar los derechos que de ellas se desprenden.

- b) El segundo supuesto es aquel en que, existiendo un contrato, no existe una documentación contractual específica distinta de ciertos soportes consecuencia del contrato o relativos a la prueba de su existencia (tickets, recibos, etc.). Estos se emiten muchas veces a efectos distintos (facturas, albaranes de entrega, etc.), pero frecuentemente se utilizan para documentar las CGC. El problema que se plantea aquí es la posibilidad de conocimiento previo y si las CGC se están incorporando en el momento adecuado que debería ser previamente a la conclusión del contrato, o más bien en uno posterior de ejecución del mismo (salvo que las CGC se hayan puesto a disposición del adherente en la siguiente categoría).
- c) Relacionada con la anterior, pero separada, está la tercera categoría, donde habiendo o no un documento contractual en el sentido ordinario o solo un elemento de su ejecución, las CGC se incorporan por referencia a documentos que el predisponente pone a disposición del adherente y que son propias de esta relación (publicación en la página web de forma independiente del proceso de contratación, o la puesta a disposición general en el local de contratación). Si estas condiciones no se incorporan al contrato más que por referencia, la accesibilidad *a posteriori* puede ser problemática. Por ejemplo, las CGC solo se ponen a disposición durante un proceso de contratación *on-line*, cuando hay que hacer el clic de aceptación de la oferta, y no son accesibles de forma separada, lo que impide que, en el momento de pretender hacer valer sus derechos, el adherente pueda volver a ver cuál es el contenido (salvo que realice capturas de pantalla si estas solo se muestran en pantalla en muchos casos o, en los casos en que se ponen a su disposición en versión más extensa, proceda a salvarlas).
- d) Por fin, la cuarta y última categoría son aquellas CGC que ni se incorporan a la documentación contractual físicamente (solo por referencia a documentos)

y no se proporcionan, ni el predisponente las pone a disposición de los adherentes, pero que las partes dan por conocidas o supuestas.

A partir de estas opciones posibles, hemos trabajado solo sobre los contratos con CGC (los que claramente incluyen CGC) o Casos dudosos (los que posiblemente sean CGC, pero sin certeza por las dificultades expuestas), y hemos comparado cómo se documentan desde el punto de vista de los tipos de profesionales (Tabla 4) y las categorías de importe de contrato (**¡Error! No se encuentra el origen de la referencia. 5**).

Como vemos en la Tabla 4 la gran mayoría de los contratos entre profesionales revisados corresponden a contratos que denominamos “ordinarios”: esto es, en forma escrita y suscrita por las partes mediante su firma. Se trata de un porcentaje muy elevado en todos los tipos de empresa. Puesto que el criterio de selección de los contratos a revisar ha sido el de su mayor relevancia, parece lógico que las empresas pongan un cuidado razonable en su documentación y dejen por escrito y con acceso fácil a las condiciones sus contratos más relevantes.

Este criterio parece confirmarse cuando analizamos la formalización atendiendo al importe de los contratos. En la Tabla 5 se observa que los contratos de mayor importe se formalizan todos por escrito a la manera tradicional. Son los contratos de menor importe los que presentan una mayor proporción (aprox. 50%) de fórmulas diferentes: contratación electrónica, a distancia o sin documentación contractual específica distinta de los soportes de pago (facturas, ticket). No se trata únicamente de contratos menores, ya que en las dos categorías siguientes (1.000-10.000 euros y 10.000-50.000 euros) todavía tenemos algunos casos de fórmulas diferentes al contrato tradicional.

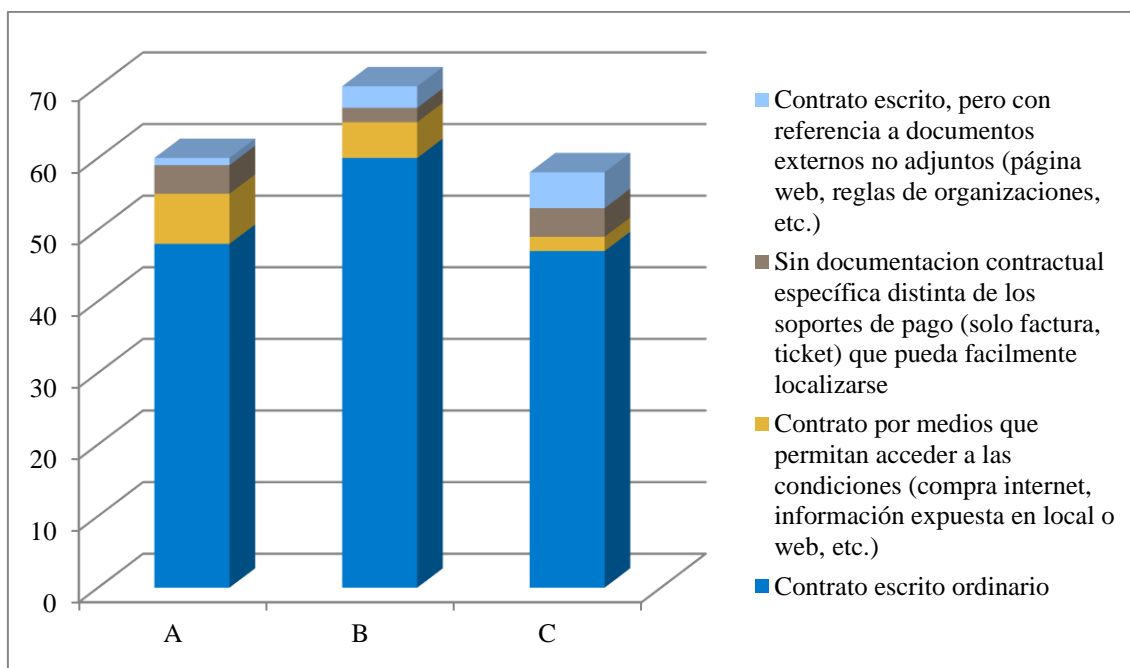


Tabla 4: Forma para documentación el contenido de los pactos contractuales según las empresas (solo los que incluyen CGC o son CGC casos dudosos)

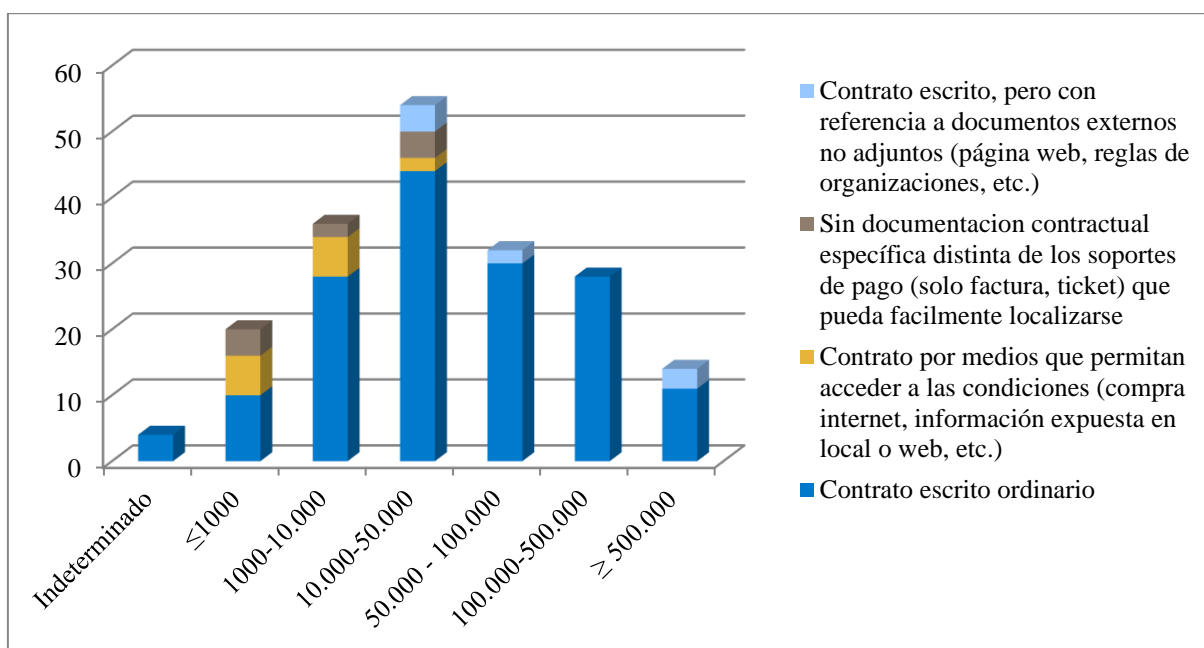


Tabla 5: Forma para documentación el contenido de los pactos contractuales según el importe de los contratos (solo los que incluyen CGC o son CGC casos dudosos)

La conclusión es que, a mayor a importe de los contratos (con independencia del tamaño de la empresa en que nos encontremos) hay una mayor tendencia a dejar constancia de las CGC mediante un contrato específico, donde se incorporan las CGC en su caso.

Por último, hemos observado que, en el caso de compras directas en establecimiento, encargos verbales o telefónicos, la incidencia de CGC es menor que con respecto a los datos totales. Aun así, en estos casos siguen dándose problemas para acceder a las CGC *a posteriori* (por ejemplo, las puestas a la vista en el establecimiento pueden ser modificadas), y en otros casos las CGC se incorporan al contrato sin la antelación necesaria, en el momento mismo de la conclusión del contrato y pago, o en momentos posteriores (CGC en albaranes de entrega que no se han anunciado previamente). Pero en este tema, aunque pueda ser un problema importante, no percibimos una diferencia con la contratación con consumidores, donde se da muchas veces la misma dificultad.

El supuesto probablemente más característico de la contratación entre profesionales respecto a la documentación sería el de remisiones a documentos externos que forman parte del mismo contrato, que no se proporciona al adherente, porque ambas partes (o más bien el predisponente) consideran que no es necesario por ser un documento conocido para ambas partes, por ser habitual en ese tipo de tráfico o en el sector. En otros, los más interesantes, encontramos referencias a documentos más variados: referencia a INCOTERMS para entrega de mercancías, una remisión en un caso a las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, o a diferentes documentos de política de comportamiento relativos al medioambiente o derechos de los trabajadores de carácter programático emitidos por distintas organizaciones internacionales y que en sí mismos no constituyen normativa. En la mayoría de estos casos, la documentación no se incorpora al contrato, ni siquiera se menciona que se haya proporcionado, lo que implica, como luego veremos, dificultades desde el punto de vista de su debida inclusión contractual bajo la LCGC.

Aunque las previsiones de la LCGC respecto a los controles de incorporación son relativamente extensas y detalladas, existen todavía algunas situaciones que pueden ser objeto de mejor adaptación a los supuestos de contratación entre profesionales. Por ejemplo, cabe preguntarnos si tiene sentido incluir en el futuro reglas especiales de incorporación para regulaciones de carácter general que, sin tener carácter normativo, se incorporan al contrato como CGC, tales como ciertas reglas y usos uniformes del contrato. Generalmente estas

“reglas” no se proporcionan ni añaden al contrato, por considerarse generalmente conocidas y, por lo tanto, innecesaria su introducción.

5.3. Extensión, detalle y aplicación al supuesto de las CGC

Aunque cuando pensamos en CGC tenemos en mente de forma instintiva los largos formularios de letra pequeña, éste no es más que uno de los muchos tipos de CGC. *A priori* no es una cuestión peculiar de la contratación entre profesionales y la variedad respecto a la extensión se da igualmente en los contratos con consumidores. Sin embargo, puede ser útil revisar cuáles son los supuestos más comunes de CGC en cuanto a su extensión y los problemas que se pueden plantear en la contratación entre profesionales.

A los efectos de la revisión, hemos considerado las siguientes categorías:

- (i) CCGC muy detalladas. Mediante la redacción de las CGC se busca una regulación total de la relación concreta, incluso con repetición del régimen legal, todo ello buscando que la totalidad de la relación contractual se encuentre contenida en el contrato. La finalidad última es precisamente evitar que las partes tengan que recurrir a otras normas (y, por lo tanto, a terceros, como departamentos jurídicos o abogados externos) para integrar el contenido de la relación contractual.
- (ii) CGC detalladas. En ocasiones encontramos que las CGC no son documentos de especial extensión o detalle, o al menos no en relación con la naturaleza o importe del contrato, que incluyen referencias a las principales cuestiones de interés de manera más o menos amplia, tanto de carácter genérico a cualquier contrato (por ejemplo, responsabilidad) como algunos elementos de mayor interés para las partes: por ejemplo respecto a la forma de cumplimiento de las obligaciones y efectos principales de algunos de ellos. Este tipo de contratos no buscan hacer una regulación completa de la relación, pero sí tratar, a veces con una cierta extensión, aquellos elementos o riesgos de mayor relevancia para las partes.
- (iii) CGC breves. Se trata de CGC referidas a pocos puntos que sean de especial interés. El supuesto más común la exclusión de responsabilidad (por ejemplo, en los aparcamientos, tintorerías, etc.).

Se presentan de nuevo los datos de acuerdo a la clasificación por tamaño de empresas (Tabla 6) y por importe de los contratos (Tabla 7):

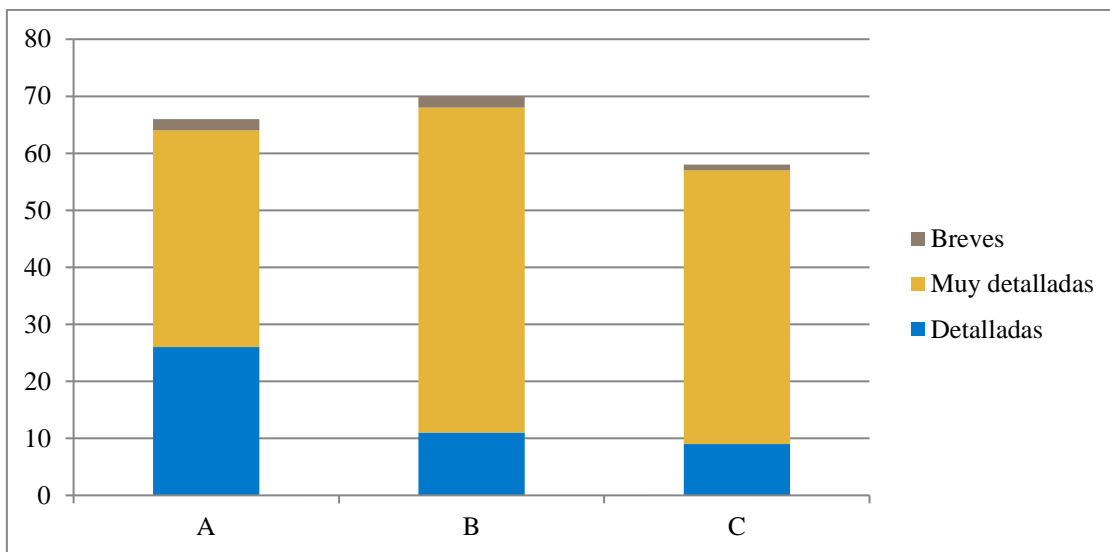


Tabla 6: Nivel de detalle en la redacción de las CGC atendiendo al tipo de las empresas.

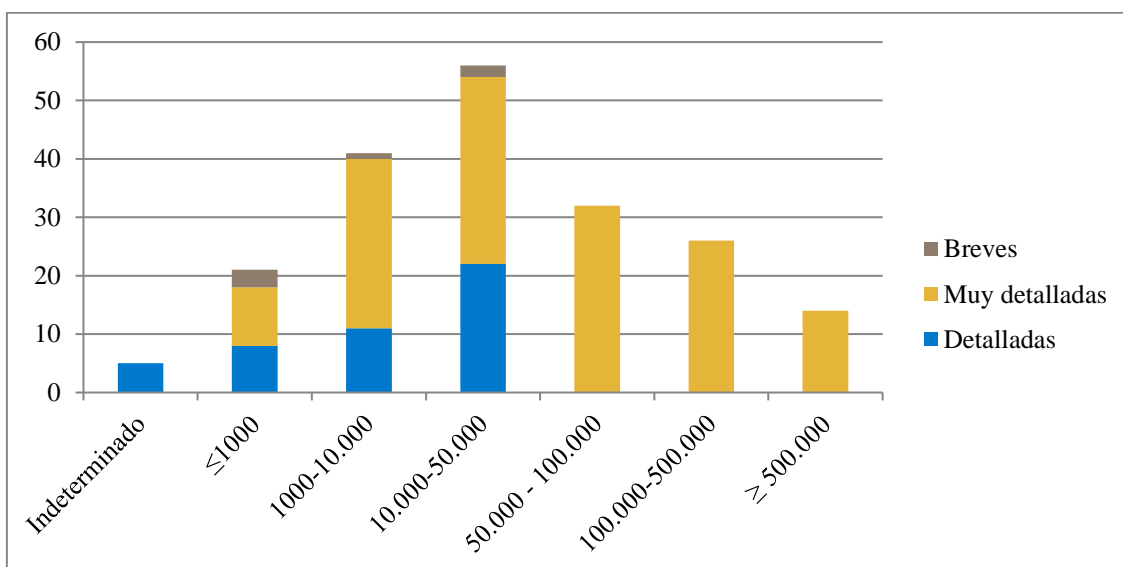


Tabla 7: Nivel de detalle en la redacción de las CGC atendiendo al importe de los contratos.

De estos datos podemos extraer como conclusión que mayoritariamente las CGC tienen en general y para todos los tipos de empresas una regulación detallada o muy detallada de la totalidad de los aspectos de la relación, lo que se aprecia en las CGC de todos los tamaños de empresas y de forma homogénea.

Atendiendo al tamaño de las empresas la distribución no es uniforme sin embargo,. En los contratos de menor importe se encuentran mayoritariamente las CGC “breves”, con una tendencia a la simplificación de términos. En muchos casos solo se incluyen pactos relativos a responsabilidad (limitaciones de responsabilidad), régimen de pagos y cobros,

tribunales competentes, etc. Sin embargo, esta tendencia no es exclusiva de los contratos de bajo importe y hay dos casos de contratos de importe superior a 1000 euros que incluyen también unas CGC breves. Se trata en este caso de contratos suscritos por empresas medianas y grandes (tipo C).

Además, en los casos de mayor importe, el nivel de regulación es aún mayor y, a partir de 50.000 euros de importe, todos los casos que se han considerado son de gran detalle.

Finalmente, parece que la proporción del nivel de detalle no es homogénea en los casos en que consideramos que hay claramente CGC y casos dudosos de CGC. En este último caso no hay CGC breves, y la proporción de CGC es mayor (80% frente a un 70%), precisamente porque el nivel de detalle es el que probablemente plantea las dudas de si estamos ante CGC o ante un contrato negociado individualmente.

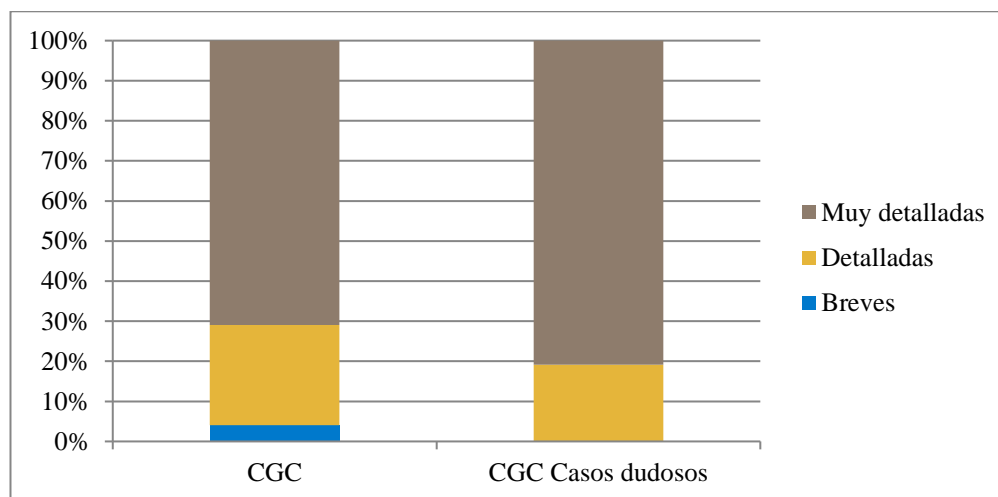


Tabla 8: Distribución del tamaño de los contratos (en porcentaje) según estemos ante CGC claras o casos dudosos de CGC.

5.4. Adaptación de las CGC al objeto de la contratación

Relacionado con la cuestión anterior del nivel de detalle está el nivel de adaptación que las CGC tienen al contrato correspondiente. Aunque se trata de dos preguntas diferentes, ambas inciden, o pueden incidir, en los problemas de transparencia (por defecto o exceso de información¹⁴¹) y de traslación de costes (a mayor detalle de las CGC, el coste asociado a su lectura y comprensión es mayor).

¹⁴¹ Como ya hemos avanzado y luego volveremos a ver al tratar el principio de transparencia el exceso de información produce desinformación.

Así, podemos distinguir tres categorías:

- (i) CGC poco adaptadas. Se trata en general de CGC aplicables a una pluralidad de supuestos, tanto de tipo de relaciones como de contrapartes. El tipo más común es aquel en que el predisponente ha preparado un conjunto de CGC que regulan en gran detalle multitud de supuestos o posibles relaciones contractuales, muchas de ellas no aplicables a la concreta relación contractual ni, por lo tanto, relevante para el adherente o el intérprete de las mismas. Por ello, se trata generalmente siempre de condiciones muy extensas, y, aunque tienen apariencia de gran detalle, en algunos casos realmente no es así, porque no se contemplan todos los pormenores de cada tipo de situación. Podemos encontrar este tipo de documentos, por ejemplo, en condiciones generales de compra, en las que se prevén en un único documento las CGC aplicables a la contratación por parte de un profesional de todo tipo de bienes y servicios, de todo tipo de importes, con pluralidad de vendedores —unos especializados y otros no—, creando además documentos de gran extensión y regulación detallada¹⁴².

Este tipo de CGC resultan especialmente problemáticas tanto en su suscripción como en su interpretación. Respecto a la firma del contrato suponen una carga para el adherente, que puede no ser razonable, pues no es fácil saber qué cláusulas resultan aplicables y cuáles no (lo que incide en los problemas de transparencia). Igualmente puede dar lugar a importantes problemas de interpretación, pues resulta en muchos casos difícil distinguir qué normas son aplicables a qué contratos o supuestos dentro del contrato, con frecuentes reenvíos. Además se generan otros problemas de interpretación derivados de incongruencias en el clausulado. Otra situación advertida entre los contratos revisados en los que existe este tipo de situación se da en la contratación financiera o de seguros. En muchos ejemplos de estos sectores el documento contiene la regulación no solo del contrato suscrito en ese momento, sino de otros servicios. Por ejemplo, no es raro que en contratos de apertura de una cuenta

¹⁴² Por ejemplo, el Anexo de las “condiciones generales de compra” que “se aplica a los contratos de compra de bienes, suministros, servicios u obras regidos por la legislación de España y celebrados entre cualquiera de las sociedades del Grupo ENEL y el Proveedor” ([https://globalprocurement.enel.com/content/dam/enel-gp/en-gb/cgcbasic/ufficiali/ORANNEX%20IV%20-%20ESPA%C3%91A%20-%20BASIC%20-%201%20Edizione clean v4.pdf](https://globalprocurement.enel.com/content/dam/enel-gp/en-gb/cgcbasic/ufficiali/ORANNEX%20IV%20-%20ESPA%C3%91A%20-%20BASIC%20-%201%20Edizione%20clean%20v4.pdf)).

corriente se incluya además la regulación de la banca electrónica, tarjetas de débito o crédito, créditos en cuenta corriente, etc., o de diversos tipos de seguros o riesgos en las mismas CGC).

En otras ocasiones el problema deriva de la inclusión de circunstancias de carácter personal, y así se incluyen referencias a consumidores y a no consumidores. Se puede contener en el contrato cláusulas diferentes según el contratante sea o no consumidor, lo que dificulta en muchos casos su lectura y comprensión.

Un segundo supuesto que encontramos de condiciones poco adaptadas son aquellas que no tienen directamente relación con el objeto del contrato, sino que se aplican a toda la contratación de una empresa con independencia del objeto del contrato y sin relación con él. Son aquellas a las que nos hemos referido en el apartado 5.6, que se utilizan para imponer condiciones genéricas de comportamiento a la contraparte, tales como comportamiento con el medio ambiente, ausencia de relaciones con empresas de determinados países, etc.).

- (ii) CGC con adaptación media. Se trata de CGC, generalmente extensas, que tratan otros aspectos distintos de los del objeto del contrato o de sus circunstancias, pero, o bien son de la misma clase de contratos, o bien permiten distinguir de manera más o menos sencilla qué supuestos no resultan aplicables al contrato y no hay referencias cruzadas a ellas. Aun así, se requiere un esfuerzo en su lectura y comprensión superior al que cabría esperar en un contrato redactado expresamente para el caso concreto, aunque solo sea para distinguir este tipo de condiciones de las anteriores, pues en la apariencia externa en muchos puede hacer fácilmente.
- (iii) CGC muy adaptadas. Se trata de CGC con un nivel alto o muy alto de adaptación al contrato, es decir, que todas las CGC tienen que ver con el objeto del mismo y se puede entender la relación de modo fácil. Aquí podemos encontrar todo tipo de supuestos en cuanto a su extensión.

Así, en los más detallados y extensos, mediante la redacción de las CGC se busca una regulación total de la relación concreta, incluso con repetición del régimen legal, todo ello buscando que la totalidad de la relación contractual se encuentre contenida en el contrato. La finalidad última es precisamente evitar que las partes tengan que recurrir a otra regulación que no sea imperativa, con reproducción a menudo de

previsiones legales para integrar el contenido de la relación contractual. La intención en muchos casos es facilitar el trabajo de los profesionales que tendrán que ejecutar el contrato y verificar su ejecución, y evitar costes, como los referidos a departamentos jurídicos o abogados externos.

En otros casos, las CGC solo cubren los problemas más habituales, o sirven para tomar una decisión dentro del margen que la ley concede a la voluntad de las partes. En ocasiones encontramos que las CGC no son documentos de especial extensión, o al menos no con relación a la naturaleza o importe del contrato, y solo incluyen referencias a las cuestiones de mayor interés para las partes (por ejemplo, a la responsabilidad). Este tipo de contratos no buscan hacer una regulación completa de la relación, sino únicamente tratan con cierta extensión aquellos elementos o riesgos de mayor relevancia para las partes.

Por último, hemos considerado también como “muy adaptadas” las CGC que se refieren exclusivamente a pocos puntos, que sean de especial interés, tales como la exoneración de responsabilidad, plazos de entrega, necesidad de entregar el resguardo a la entrega, etc).

Se presentan de nuevo los datos de acuerdo a la clasificación por tamaño de empresas (Tabla 9) y por importe de los contratos (Tabla 10):

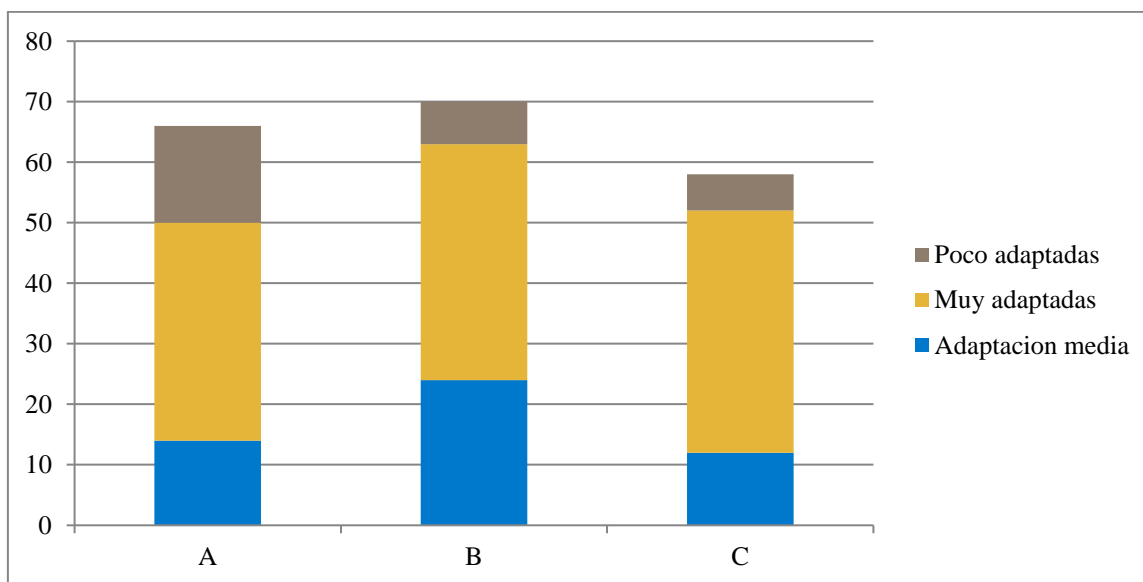


Tabla 9: Nivel de adaptación al contenido del contrato de las CGC atendiendo al tipo de las empresas.

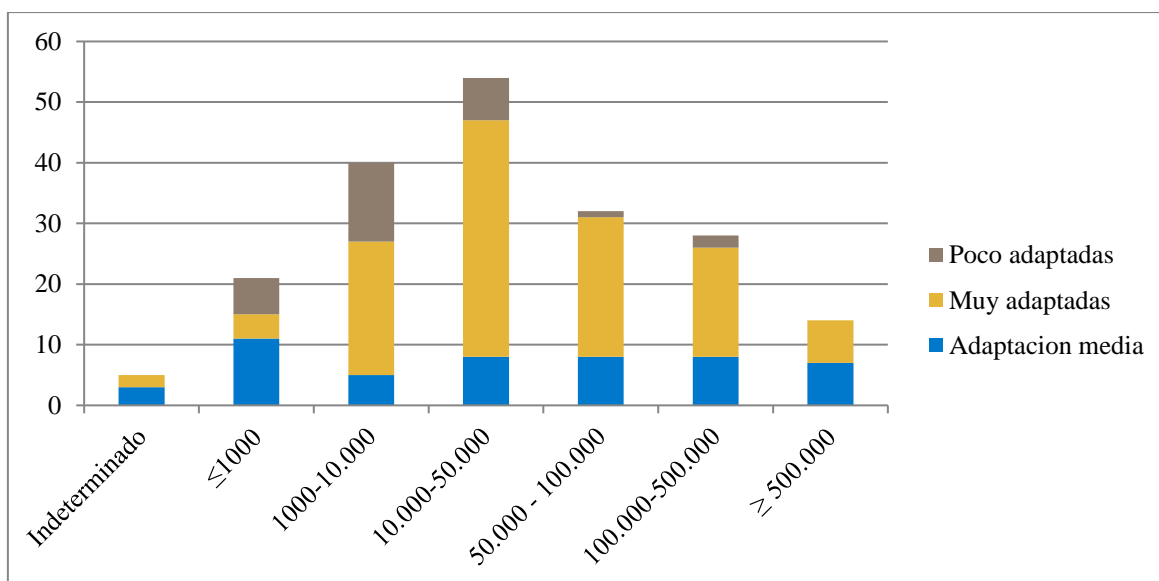


Tabla 10: Nivel de adaptación al contenido del contrato de las CGC atendiendo al tipo de contratos.

De la revisión de los contratos desde esta perspectiva podemos concluir que la mayoría de las CGC parecen en general estar adaptadas a las circunstancias concretas de los contratos: esto es, están pensadas con el objeto del contrato en cuestión en mente, aunque con un nivel de detalle muy variable, pues pueden ser altamente detalladas o referirse solo a cuestiones puntuales.

En muchas ocasiones, dada su alta adaptación al contrato, resulta difícil establecer si estamos ante CGC o no. De hecho, la proporción de casos en que hay duda de si estamos o no ante CGC o ante un contrato negociado es aquí porcentualmente mucho mayor (como puede observarse en la Tabla 11).

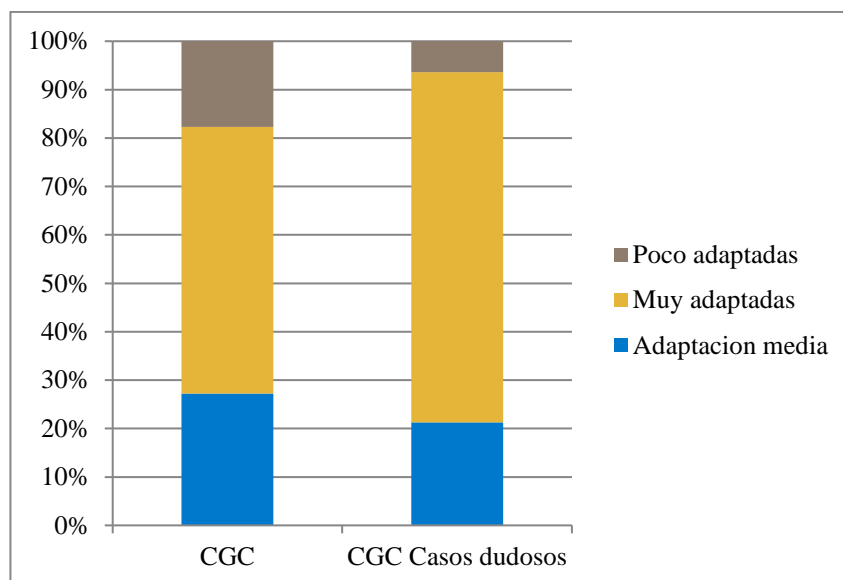


Tabla 11: Diferenciación en el nivel de adaptación al objeto del contrato según la capacidad de ser fácilmente reconocibles o no como CGC.

Aun así existe una parte importante de contratos que incluyen CGC con un nivel de adaptación no óptimo. En ellos, junto al objeto mismo del contrato, se tratan también otras cuestiones, lo que dificulta —aunque no imposibilita— la lectura y entendimiento de esas CGC. Este supuesto se da en todos los tipos de empresas y en contratos de todo tipo de importe. Parece ser un problema generalizado en diversidad de sectores, si bien se da especialmente en los de contratación más masiva, como contratos financieros, seguros o servicios de infraestructura.

La categoría de CGC con un nivel de adaptación al contrato en cuestión baja o muy baja es más frecuente en los niveles inferiores de importes, y desaparece totalmente en los superiores a 50.000 euros. En la mayoría de los casos la falta de adaptación se debe a una regulación de cuestiones relacionadas con el objeto del contrato, o con las características del adherente, junto con otros muchos supuestos tanto de tipos de contratos como de situaciones personales (condiciones generales de compra de todo tipo de productos y servicios, condiciones generales aplicables a todos los clientes de productos usados tanto por consumidores como profesionales, etc.). Este tipo de condiciones suelen ser especialmente problemáticas y plantean dificultades tanto para el predisponente como para el adherente. Para este último suelen acarrear, en los casos más graves, de los cuales algún ejemplo hemos

podido revisar, severos problemas de coste y posibilidad real de acceder a la regulación realmente aplicable, en particular teniendo en cuenta su amplia extensión y su aplicación a contratos de una cuantía no excesivamente elevada. Para el predisponente, además de problemas por la aplicación de la regla *contra proferentem* y posibles controles de transparencia, pueden suponer además una falsa sensación de regulación detallada, pues en muchos casos la extensión no es sinónimo de consideración detallada de los problemas de cada uno de los posibles contratos a los que se aplican.

Finalmente, en ocasiones (pero no siempre) la regulación de circunstancias personales (esto es, contratos en que el adherente puede ser tanto un consumidor como un profesional) beneficia al profesional. En varios casos el predisponente no se para a regular estas distinciones personales y extiende al cliente en general, sin condicionar que éste sea realmente consumidor, la protección propia de los consumidores (por ejemplo, reconociendo a la contraparte derechos típicos de los consumidores o no incluyendo cláusulas consideradas abusivas en la contratación con consumidores). Este supuesto se da en general en la contratación de servicios de carácter masivo (algunos servicios públicos, transporte, etc.) donde resulta costoso, difícil o directamente imposible establecer *a priori* la calificación de consumidor o no del cliente. En muchas ocasiones, sin embargo, la aplicación o no de determinadas cláusulas contractuales o beneficios está condicionada, en cada caso, a la condición de consumidor o profesional del cliente.

Como consecuencia de la revisión, una de las preguntas que cabe plantearse, si bien no es exclusiva de los contratos entre profesionales, es si un déficit de adaptación al concreto contrato puede influir en la comprensión del contrato y su interpretación, y si ello puede además incrementar los riesgos derivados de la posible falta de transparencia.

5.5. Uso de CGC estandarizadas en una industria, sector o ámbito concreto

Como hemos visto ya en algunas ocasiones, existen algunos tipos de CGC, o al menos de modelos de contratos, que no han sido elaboradas por las partes, sino que tienen un origen distinto, generalmente de algún organismo o asociación de tipo general, y con una pretensión de uso amplio en el sector. En ocasiones este tipo de modelos, no siempre, tienen en cuenta los diversos intereses de posibles participantes, es decir, que pueden estar más o menos equilibrados.

Se da así un segundo proceso de estandarización entre las distintas CGC aplicadas por empresas distintas para una misma práctica, sector o industria. Luego veremos con más detalle las ventajas y los problemas que plantean este tipo de CGC “de segundo grado” (en particular, desde el ámbito del derecho de la competencia), pero podemos adelantar que su principal aportación a las partes es, en general, un mayor conocimiento en ese ámbito o sector. Al ser de aplicación más amplia que una sola empresa, los costes asociados a profundizar en el conocimiento del documento (por la empresa o los asesores profesionales) disminuyen. El esfuerzo que se realice en la comprensión de sus cláusulas puede ser reaprovechado en contratos similares aun en relaciones contractuales con otras empresas (siempre y cuando se firmen más contratos de este estilo, lo que no es siempre el caso). Además, como decíamos, en muchos casos han sido objeto de redacción, incluso negociación, entre los distintos participantes del mercado o teniendo en cuenta dichos intereses, a fin de promover su aceptación por una comunidad lo más amplia posible, por lo que tienden a ser algo más equilibrados (desgraciadamente, no demasiado en muchos casos) que las CGC de una empresa concreta.

No se trata de confundir estos modelos estandarizados con aquellas otras cláusulas o pactos que pueden ser más o menos comunes algún tipo de contratos o sectores y que constituyen su contenido más típico. Por ejemplo, los contratos de franquicia, muchos de los contratos de agencia o distribución, de seguros, gran parte de la contratación financiera, etc., suelen ser bastante parecidos en los contenidos (las materias que suelen tratar), pero lo hacen de formas distintas. No han dado todavía ese salto de unificar la redacción (lo que, como veremos luego, tampoco está exento de problemas). Este tipo de CGC de segundo grado es relativamente común en algunos países de nuestro entorno (especialmente en el ámbito anglosajón y en países como Holanda, Francia y Alemania, sobre los que ya hemos visto algunas referencias al respecto), y, en particular, en determinados sectores, como el financiero, seguros, construcción y, sobre todo, de comercio internacional. Lo relevante es ese proceso de homogenización en la redacción que facilita su conocimiento.

Se trata ahora de ver si se da este supuesto, y en qué casos, en la contratación española entre profesionales, en la Tabla 12 (para los tipos de empresa) y Tabla 13 (para los tipos de contrato).

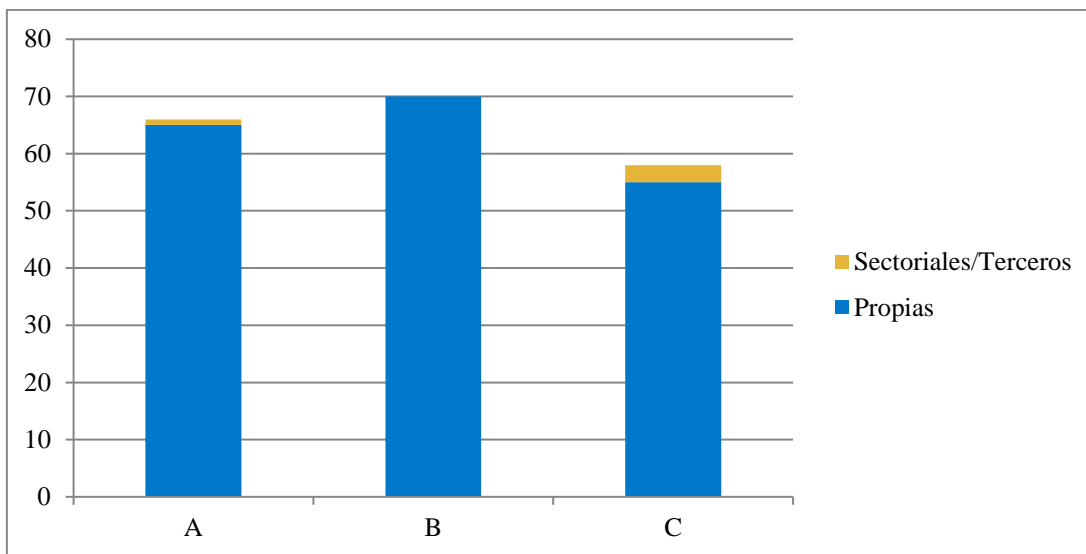


Tabla 12: presencia de CGC sectoriales o de terceros según el tipo de empresa.

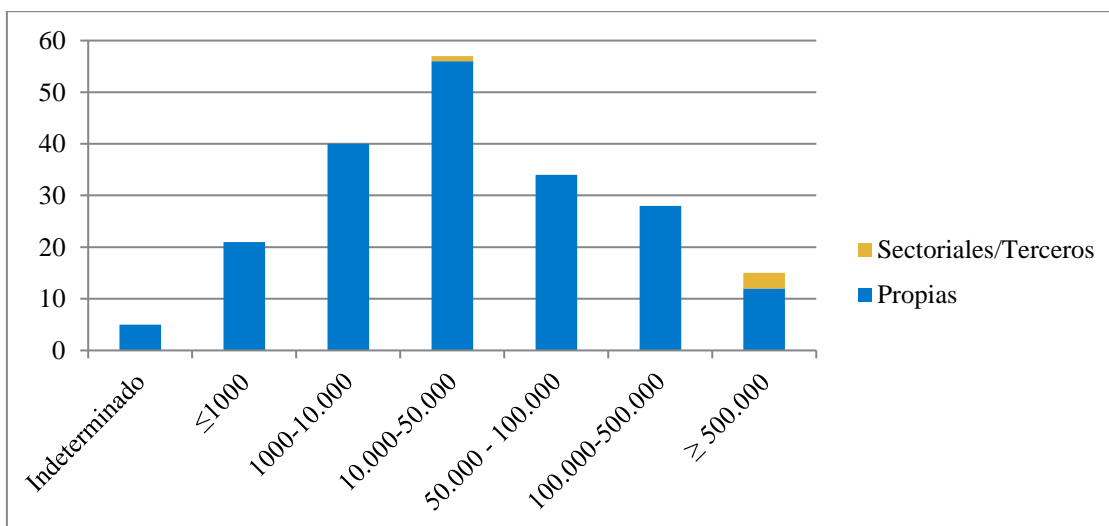


Tabla 13: presencia de CGC sectoriales o de terceros según el importe de los contratos sectoriales.

De los contratos revisados, se deduce que el uso de modelos sectores en España es relativamente limitado, al menos en la muestra. Los modelos en contratos tienen que ver fundamentalmente con contratos del sector financiero¹⁴³, por lo que además tienden a utilizarse en contratos de un mayor importe, además en empresas de mayor tamaño. Solamente hemos encontrado un contrato de importe medio (10.000-50.000 euros) con

¹⁴³ Fundamentalmente encontramos un *swap* de tipo de interés, suscritos en la modalidad CMOF o en el modelo ISDA, más un caso de contrato de préstamo según el modelo de LMA, y en una ocasión las RUU Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre cartas de crédito *stand-by*.

referencia a este tipo de CGC, pues uno de los contratos de obras revisados parece seguir el modelo “FIDIC *green book*” de manera clara

5.6. Partes participantes (o con un interés) en la relación contractual

Tomando esta vez únicamente los contratos que contienen CGC, podemos considerar relevante la presencia bien directa, o indirecta, de terceros con un interés en la validez y contenido de las CGC contenidas en la relación contractual. La intención es doble. Por un lado, verificar si, además de profesionales, los contratos revisados incluyen a otras personas como partes. Por otro lado, verificar si las CGC tienen en cuenta de forma directa y expresa los intereses de terceras partes, que no firman el contrato, pero que pueden beneficiarse de las obligaciones de los contratantes contenidos en las CGC y que se verían afectados, en uno u otro sentido, por la introducción de controles.

Para ello hemos establecido las siguientes categorías a revisar respecto a la participación de terceros:

- (i) Participación e interés exclusivo entre las partes firmantes (todas profesionales). El supuesto más habitual y mayoritario en los contratos revisados es el de la participación e interés de las partes firmantes de la relación contractual contenida en el documento y en el que todas las partes que suscriben el contrato son profesionales, con independencia de su número, posición u obligaciones que tengan.
- (ii) Participación en la relación contractual entre profesionales también de partes que pueden no ser profesionales. En ocasiones se aprecia la participación directa en contratos entre profesionales de terceras personas físicas. Así, encontramos casos en que un tercero ajeno a la relación principal desempeña un papel relevante, como garante o fiador, y este tercero es en muchos casos una persona física normalmente con algún tipo de relación principal con una de las partes (accionista o socio del suscriptor).
- (iii) Presencia de personas jurídicas como partes adicionales a las principales. La presencia de personas jurídicas como terceros en los contratos revisados suele obedecer a supuestos similares a los de las personas físicas en algunos casos: garantes o fiadores en la mayoría de los casos, o en otros casos hay estipulaciones a favor de terceros, que participan en el contrato por algún derecho que se les reconoce en el

mismo. También hay ocasiones que se debe a que son contratos más complejos, que involucran una pluralidad de partes, o conjuntos de contratos relacionados.

- (iv) Presencia de un interés más o menos directo de terceros en las obligaciones contenidas en las CGC. Como con cualquier otro tipo de relaciones contractuales a veces se establecen de forma más o menos directamente en beneficio o interés de terceros. En unos casos el interés o el beneficio de terceros puede ser directo (por ejemplo, en el caso de los usuarios finales de determinados servicios contratados o intermediados por otro profesional), e incluir lo que serían directamente estipulaciones a favor de terceros, que estos puede ejercitar directamente frente a una de las partes. Dichos terceros, a favor de los que se establecen las previsiones son, además, en algunos casos consumidores.

Se presentan de nuevo los datos de acuerdo a la clasificación por tamaño de empresas (Tabla 14) y por importe de los contratos (Tabla 15):

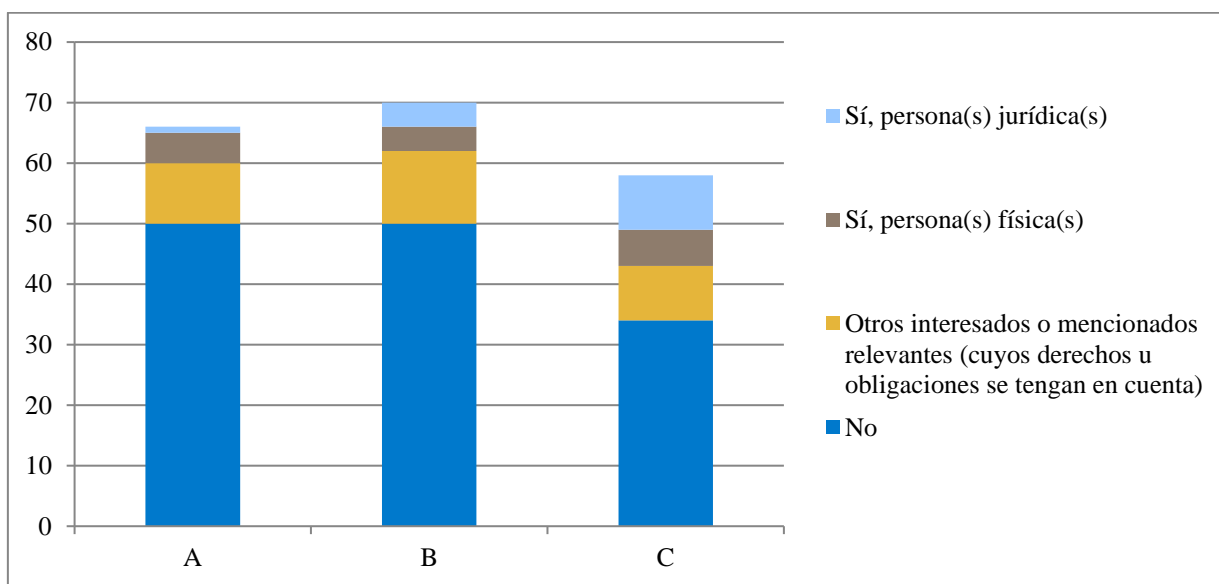


Tabla 14: Presencia o consideración de terceras personas en los contratos con CGC atendiendo al tamaño de las empresas.

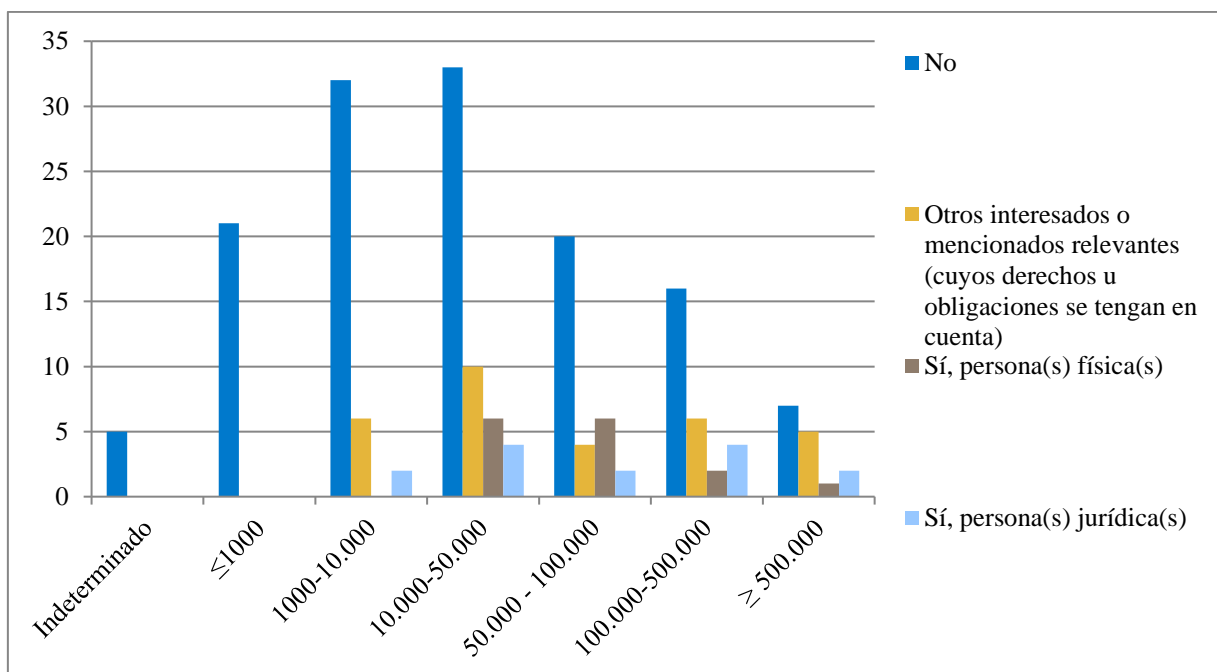


Tabla 15: Presencia o consideración de terceras personas en los contratos con CGC atendiendo al importe de los contratos.

La primera conclusión a extraer es que en la mayoría de los contratos entre profesionales con CGC, como probablemente en la contratación en general, participan únicamente las partes interesadas. El supuesto se presenta de forma similar en todos los tipos de empresa considerados por tamaño. Aunque los datos no permiten apreciarlo, en la mayoría de los casos de las empresas medianas y grandes (tipo C) en que se incluyen terceros, tanto personas físicas como jurídicas, se da cuando estas empresas son las que actúen como predisponentes y exigen a sus contrapartes (en estos casos suelen ser empresas pequeñas o microempresas) la participación de terceros como garantes o en alguna otra posición. Solo en un caso de una persona física participante en un contrato con CGC suscrito por una empresa mediana de las revisadas como adherente figuraba un accionista persona física como garante de ciertas obligaciones de carácter no monetario en el contexto de un contrato de crédito (obligaciones de no modificar el capital social).

Por otro lado, respecto a la presencia de los terceros, considerado desde la perspectiva del importe de los contratos, parece concentrarse en el tramo medio para las personas físicas (contratos entre 10.000 y 100.000 euros), y en el tramo medio y superior para las personas jurídicas.

En los contratos de menor importe, los inferiores a 10.000 euros, la aparición de terceros es muy pequeña o inexistente y en el tramo superior a 100.000 euros (especialmente por encima de 500.000 euros), aunque presente, es bastante inferior. Para el tramo inferior, la ausencia parece obedecer a la sencillez de los contratos o a su importe relativamente irrelevante. Por otro lado, en los contratos de mayor importe, la explicación de la ausencia de las personas físicas (o una presencia escasa), pero no de las personas jurídicas, obedece a la posible pérdida de relevancia que el patrimonio de las personas físicas pueda tener en relación con el importe de los contratos, si bien sigue estando presente en cuanto a las obligaciones que, como accionista o socio último puede tener en relación con algunos contratos particularmente relevantes para la empresa como son los de financiación.

Respecto a la categoría del interés de terceros, igualmente se da para todo tipo de profesionales, y todos los importes, salvo en la categoría inferior. Aunque numéricamente no sea muy relevante, los ejemplos que podemos encontrar en este sector son interesantes por su variada tipología.

En algunos casos el interés puede venir de estipulaciones a favor de terceros en los contratos. En otros casos, la referencia es menos directa, como cuando encontramos menciones a los derechos o intereses de estos terceros como fundamento de las obligaciones del adherente, lo que da lugar a contratos y obligaciones relacionadas.

Estas pueden ser de tipo horizontal, cuando los “beneficiarios” son los igualmente adherentes al mismo tipo de contrato y tienen una situación, por lo tanto, análoga. Por ejemplo, en los contratos de arrendamiento de locales en los centros comerciales se prohíben determinadas actividades o se limita o regula la actividad del arrendatario (adherente) en cuanto a horarios de apertura obligatorios, apariencia externa, actividad de rebajas, etc. con la finalidad de coordinar sus actividades con las de los demás arrendatarios que suscriben contratos similares. Un supuesto parecido sería el de las obligaciones del franquiciado en los contratos de franquicia. Se trata de establecer normas de coordinación entre las actividades de las distintas partes que tienen una posición similar y que pueden de una u otra forma afectar a los demás contratantes (franquiciados, arrendatarios, etc.) con los que, sin embargo, no tienen una relación contractual. No es que los terceros tengan derechos los unos frente a los otros, ya que el control se ejercita por parte de la parte común de todos ellos (arrendador, franquiciador), sino que se benefician indirectamente de la regulación de la actividad de los

demás contratantes de la misma clase. La posibilidad de mayor control de la actividad supone un mayor valor (o más bien al contrario, la ausencia de dichas cláusulas de coordinación podría potencialmente suponer un importante desvalor para su actividad).

En otros casos se dan CGC “encadenadas” en contratos especialmente en el ámbito de la distribución comercial, el suministro de materiales y los contratos de construcción. La parte contractual que asume una serie de riesgos en las CGC de su contrato busca traspasar las mismas a sus subcontratistas (y estos a su vez lo intentarán probablemente pasar), o a sus proveedores.

Finalmente, algunas de las referencias a los terceros aquí considerados son más difusas y sin ser ni de tipo horizontal ni vertical, sino de clase genérica, con obligaciones en relación con terceros como clase genérica, de adoptar o respetar determinadas políticas, que además en muchos casos (a diferencia de los casos anteriores) poco pueden tener que ver con el objeto del contrato, o no necesariamente. Así, por ejemplo, en muchos casos se imponen a las partes obligaciones relacionadas con el respeto al medioambiente, los derechos laborales de determinados colectivos tanto de trabajadores internos como con sus proveedores, suministradores o subcontratistas (prohibiciones de discriminación por razón de género, raza, religión o identidad sexual). En otros casos, las relaciones con los terceros son negativas: no tener relación con determinados grupos o países o no tener relaciones comerciales con empresas de determinados países (y ello además sin que tenga que ver con el objeto del contrato en cuestión). Estos requisitos suelen venir impuestos por la legislación de terceros países con los que el predisponente tenga relación. Este supuesto típicamente se da en las filiales españolas de empresas financieras o de inversión norteamericanas. Se trata de obligaciones genéricas de comportamiento del profesional adherente en todos sus ámbitos, no solo los relacionados con el contrato en el que se incluyen. Se trata en estos casos muchas veces de cláusulas o anexos muy detallados, que no son negociables aun en contrato en que todos los demás elementos sí pueden serlo y cuyo incumplimiento generalmente faculta al predisponente a resolver el contrato, pues para ellos se trata o bien de obligaciones legales o de obligaciones autoimpuestas del ámbito de la denominada responsabilidad social corporativa¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Este tipo de obligaciones asumidas voluntariamente por un empresario pueden incidir especialmente en la imagen corporativa que, sin duda, tiene un valor económico. Si una determinada marca basa su imagen en asociación a ciertos valores (respecto al medio ambiente, a los derechos de la infancia, etc.),

Una revisión de los aspectos de las personas involucradas en los contratos con CGC entre profesionales nos plantea la necesidad de considerar que en algunos casos vamos a tener contratos que incluyan tanto a profesionales como a consumidores, o posibles consumidores bien con obligaciones o posiciones diferentes (el potencial consumidor que actúa como garante), o en otros casos de carácter idéntico (tales contratos suscritos con una pluralidad de contrapartes, unos consumidores y otros profesionales en relación con un mismo objeto), es decir, las zonas intermedias entre consumidor y profesional y si el contrato entre profesionales se ve afectado de alguna manera por esta presencia de los consumidores.

Otra cuestión que se nos plantea es si los intereses indirectos de terceros (verticales u horizontales) puede ser justificación suficiente para la inclusión de determinadas CGC en un contrato en el caso en que se establezcan controles de contenido, incluyendo el caso de obligaciones incluidas mediante indudables CGC como son determinadas políticas como las ya consideradas (medioambientales, de igualdad, no relación con determinados países), que afectan a la actividad general del adherente y pueden no tener ninguna relación con el contrato en cuestión, pero que son más o menos esenciales para el predisponente.

5.7. Según el papel como predisponente y adherente de las CGC

El supuesto típico considerado siempre para justificar la necesidad de controles es que son las grandes empresas las que imponen sus CGC y los pequeños y medianos empresarios muchas veces solo pueden adherirse, en una posición muy similar a los consumidores.

Hemos considerado en primer lugar el papel que las empresas revisadas como predisponentes o como adherentes, según el tamaño de los profesionales revisados (Tabla 16) y los importes de los contratos (Tabla 17).

la infracción por uno de sus contratistas de estos principios puede ocasionar un daño reputacional (menciones en prensa a campañas que señalan que la ropa de ciertas grandes cadenas son producto de la explotación infantil no son infrecuentes, por ejemplo Eldiario.es de 28 de abril de 2015, https://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/esclavitud-infantil-trabajo-Asia-ninos_0_382161784.html). Este daño reputacional puede tener un efecto económico muy importante para el predisponente (boicots, etc.), por lo que parece lógico que se requiera a sus contratistas la asunción de obligaciones en este sentido.

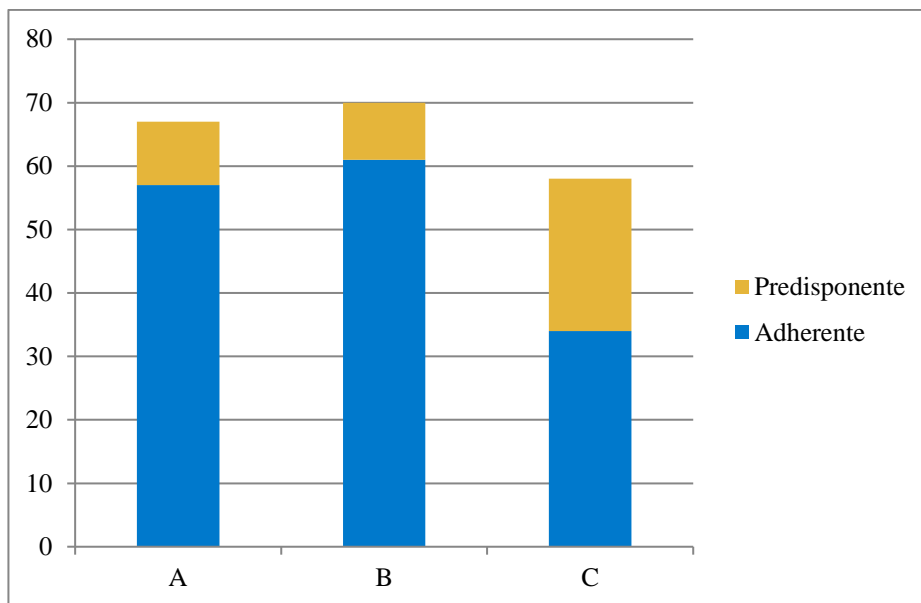


Tabla 16: Distribución de la posición como predisponente o adherente según el tipo de empresas

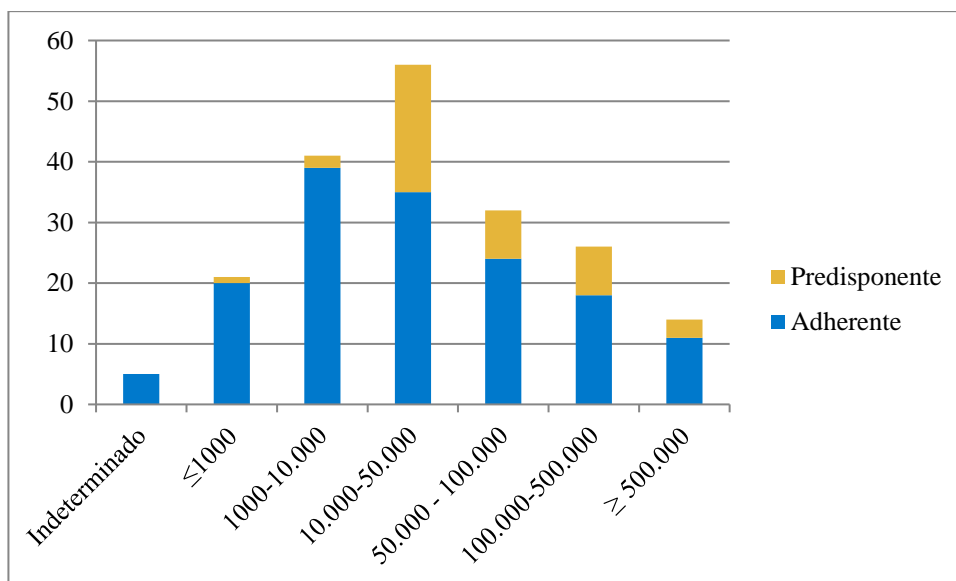


Tabla 17: Distribución de la posición como predisponente o adherente según el importe del contrato

Todas las categorías de profesionales alternan las ocasiones en que se actúa como predisponente o adherente.

Como vemos en la Tabla 16, el papel de predisponente no está reservado a empresas de un tamaño especial, y también las microempresas y pequeñas empresas (Categorías A y

B) actúan como predisponentes. Lo hacen en menor proporción que las empresas medianas y grandes, que tienen en un porcentaje mucho mayor como predisponentes.

La posición de adherente se da, por otra parte, en empresas de todos los tamaños e incluso empresas medianas y grandes firman continuamente contratos con CGC (luego veremos el tamaño de las contrapartes). La explicación es fácil de entender: si la contratación con CGC está tan extendida, es normal que las empresas, con independencia de su tamaño, actúen de adherentes. Probablemente si la muestra fuera de la totalidad de los contratos de la empresa, numéricamente la posición como adherente se vería incrementada en todas las categorías debido al sesgo de selección de contratos (los de mayor relevancia para cada profesional). La proporción es menor, como es menor también la presencia de CGC en las empresas según van aumentando su tamaño, pero aun así constituye una parte muy importante de su contratación. Cuanto mayor es el tamaño de la empresa, al menos teóricamente, tiene más capacidad para bien imponerse como predisponente o, en caso de situaciones para las que no haya desarrollado sus propias CGC, negociar un contrato evitando adherirse a las CGC de la otra parte. En cualquier caso, la muestra sí que permite entender que es muy difícil que ninguna empresa, por grande que sea, no esté en algún momento en posición de adherente, como luego veremos en más detalle.

Si atendemos a la situación como predisponente o adherente de las empresas objeto de revisión siguiendo el importe de los contratos (Tabla 17), la posición como predisponente (recordemos respecto a otros profesionales) tiene una presencia creciente según aumenta el importe de los contratos. Solo aquellos tipos de contratación más importantes para la empresa por su importe y por su repetición justifican que ésta desarrolle el esfuerzo que supone la preparación de CGC. En los contratos de importe más pequeño (menos de 1.000 euros), éste no justifica el esfuerzo de preparación (piénsese que hemos excluido la contratación con consumidores). Tal vez un tipo de empresas distinto daría un resultado diferente si se dedica a vender bienes o servicios de importe menor de forma masiva. Por otro lado, respecto a los contratos de importe más elevado, salvo para las empresas medianas y grandes, el esfuerzo de redacción puede no ser económicamente viable dada la menor frecuencia de la firma de este tipo de contratos, o la dificultad de imponer los mismos. Aun así, en este supuesto (incluso en la categoría de contratos de importe superior a 500.000 euros), aunque la proporción es menor que en las categorías intermedias, aun tiene una proporción relevante.

5.8. Según el tamaño de las contrapartes en las posiciones de predisponente y adherente de las CGC

Es habitual justificar la necesidad de controles a las CGC también entre empresarios, en la diferencia de tamaño de las empresas contratantes, y por lo tanto, de posición de poder, de las partes que contratan bajo CGC. Por eso hemos estudiado el tamaño de las contrapartes con las que las empresas de cada categoría firmaban contratos como adherentes (Tabla 18), que como ya hemos visto lo hacen en mayor proporción, o como predisponentes (Tabla 19). Para los tamaños de las contrapartes hemos considerado los mismos criterios del Informe Leuschner respecto a empresas muy grandes (más de 2.000 empleados) y la figura del empresario individual, normalmente incluida en la microempresa.

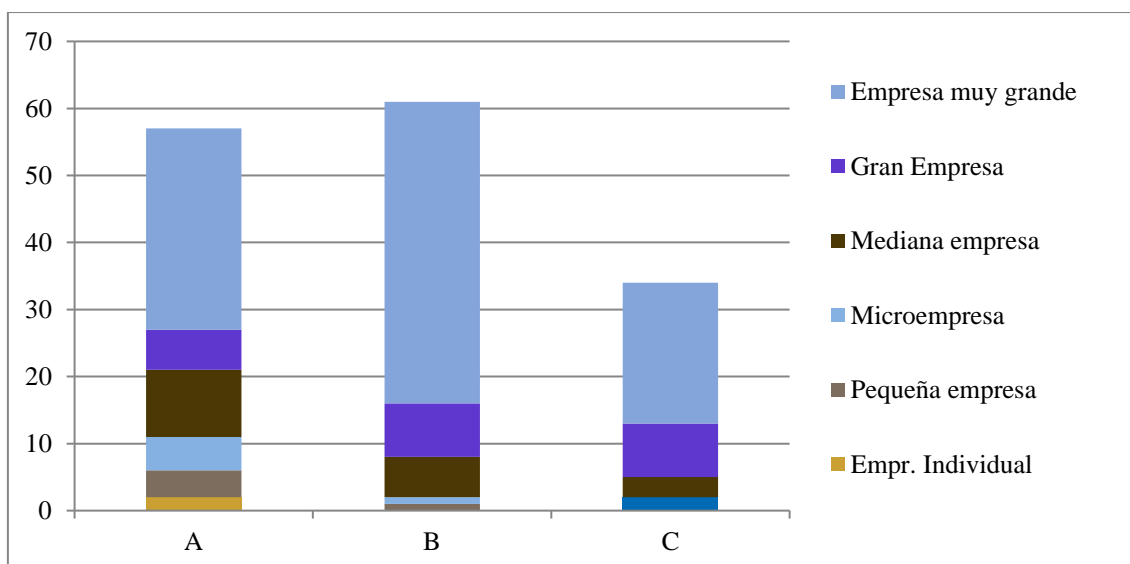


Tabla 18: Tamaño de las empresas predisponentes, cuando las empresas revisadas actúan como adherentes.

En la amplia mayoría de los casos, los predisponentes tienen un tamaño superior al de los adherentes. Las empresas grandes y muy grandes son las que, en la muestra, actúan más frecuentemente como predisponentes de las empresas. Una explicación para este resultado puede ser el criterio de selección de contratos, ya que hemos incluido en los contratos revisados los que hemos denominado de “infraestructura básica empresarial” o “servicios empresariales básicos” (servicios de agua, luz, telecomunicaciones, bancarios, etc.), normalmente prestados por empresas muy grandes y bajo CGC siempre, o al menos a empresas del tamaño de las aquí consideradas. Aunque no todos los contratos revisados en que la contraparte es una empresa grande o muy grande corresponden a este tipo de servicios,

sí lo son en una proporción bastante alta. Lo característico de estos “servicios básicos” es que, al ser un servicio común para cualquier actividad profesional (es razonablemente imposible pensar que ninguna empresa funcione sin ellos), la capacidad de elección del adherente está muy limitada respecto a si contratar o no (es necesario contratar esos servicios de energía, telecomunicaciones, servicios financieros, etc. para poder desarrollar cualquier actividad profesional) y lo único que puede hacer —por grande que sea— es decidir con quién. En otros muchos casos de contratación de elementos no básicos, el nivel de libertad contractual es generalmente superior.

En cualquier caso, junto a la situación mayoritaria de imposición de CGC por empresas de tamaño superior a las considerados en la muestra, vemos que en todos los casos nuestras empresas han sido igualmente adherente de contratos con CGC de empresas del mismo o menor tamaño, incluso en casos en que es un empresario individual, en un porcentaje no irrelevante. Luego, la capacidad de imponer CGC, aunque es más probable que corresponda a empresas de tamaño superior al adherente, no está limitado a ese supuesto.

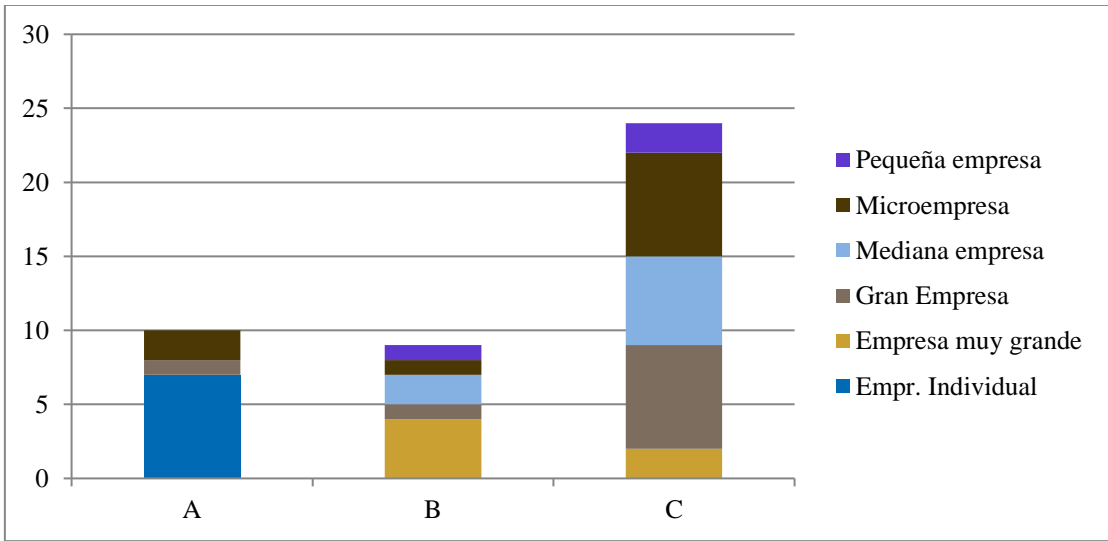


Tabla 19: Tamaño de las empresas adherentes, cuando las empresas revisadas actúan como predisponentes.

Esta conclusión se refuerza cuando vemos a qué tipo de profesionales, por tamaño, han impuesto CGC (Tabla 19). Vemos que todas las empresas de la muestra han actuado en algún momento como predisponente de CGC, lógicamente de forma proporcional a su tamaño.

Las microempresas del grupo A han impuesto mayoritariamente sus CGC a otros profesionales del mismo o inferior tamaño (aunque no exclusivamente, ya que también se han impuesto los mismos a empresas muy superiores en tamaño). Sin embargo, cuando consideramos los demás supuestos, especialmente en las empresas medianas de la categoría C, vemos que estos profesionales son capaces de imponer CGC a profesionales de todos los tamaños, tanto menores como muy superiores.

La razón para estas “anomalías” por las que una empresa más pequeña puede imponer sus CGC a empresas de mayor tamaño o fuerza, incluso muy superiores son variadas. Revisando los contratos y situaciones concretas, vemos que responden a dos criterios fundamentales. El primero es el de especialización y el segundo es el importe. Las empresas que producen bienes o servicios de alta especialización tienen una capacidad negocial mucho más intensa porque encontrar una alternativa a ellas puede resultar difícil o imposible. Por eso, si el importe del contrato en cuestión es, de forma relativa al tamaño del adherente, de importe pequeño, las empresas de mayor tamaño han aceptado sus condiciones en los supuestos revisados. Si en cambio el importe del contrato es elevado, normalmente terminamos con contratos negociados. En ocasiones, aun en contratos con partes no especializadas, pero de importe menor (de menos de 1.000 euros), hemos encontrado la misma situación. La explicación puede ser que un profesional/empresa muy grande, de forma tal vez inconsciente o por no merecer la pena el esfuerzo negociador, acepta las CGC de un profesional con mucho menor poder negocial.

Por último, hemos encontrado casos curiosos de varios contratos suscritos entre el mismo profesional de la clase C (un profesional de tamaño mediano pero muy especializado), que, con un mismo cliente de tamaño muy superior (empresa muy grande) ha suscrito varios contratos de importes similares bajo CGC, o al menos como posibles CGC, en unos casos como predisponente, es decir, usando sus propias CGC, y en otras como adherente (suscribiendo las CGC del cliente). La razón de estos comportamientos incoherentes —pues por la relación del tamaño de las partes, especialización, o importe del contrato, debería darse el mismo comportamiento— parece residir en cuestiones organizativas (con sus inconsistencias) en los procesos de contratación de las empresas, especialmente las grandes o muy grandes. Determinados contratos se canalizan a través de departamentos de compras, que tienden a imponer sus CGC o, al menos, a llegar a contratos negociados. Otros, sin embargo parecen haber evitado esos departamentos, no sabemos si

como posibilidad de políticas internas o en incumplimiento de las mismas, y es donde el proveedor de menor tamaño ha impuesto sus CGC. Aunque el caso pueda sonar anecdótico, creemos que responde a una realidad de la existencia de un margen de falta de control de los procesos de contratación, especialmente en las empresas grandes y muy grandes, que no hay que dejar de lado como criterio a considerar.

5.9. Según la relación que el objeto del contrato tenga con la actividad característica de las partes.

Tanto la preparación de unas CGC (especialmente si son lo suficientemente detalladas), como la existencia de un mecanismo de contratación organizado en que se incardinan, supone dedicar importantes medios a esta labor, que los profesionales deben tomar en consideración. La preparación de las CGC puede reportar importantes ventajas en cuanto a ahorro de costes u obtención de una posición más ventajosa, pero el esfuerzo puede suponer un coste que no merezca la pena, especialmente si las posibilidades reales de imponer esas CGC son limitadas. Al mismo tiempo, como luego veremos, una de las justificaciones habituales de los controles a las CGC, especialmente desde el ámbito del análisis económico del derecho, es la denominada asimetría informativa. Por otro lado, en otras ocasiones, se redactan CGC en operaciones de uso frecuente que no tienen relación con la actividad característica del predisponente; esto es, que éste no tiene un conocimiento del producto diferente del que pueda tener la otra parte.

Se muestran en la Tabla 20 los resultados de la relación entre la actividad del predisponente y la redacción de las CGC, distinguiendo si estas tienen relación o no con esa actividad característica. Para ello hemos considerado los diferentes contratos con CGC o posibles CGC, con independencia de que el predisponente fuera una de las empresas que hemos estudiado.

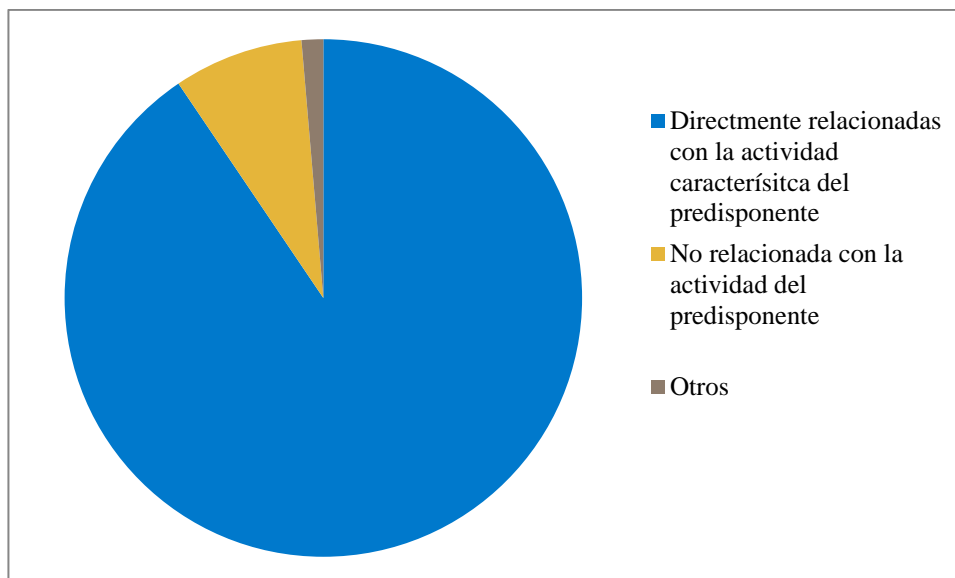


Tabla 20: Relación de las CGC con la actividad característica del predisponente.

Así, de los contratos y situaciones revisadas, se derivan algunas conclusiones respecto al uso de recursos para la preparación de CGC y establecimiento de un sistema organizado de su uso:

Para la mayoría de los casos, se confirma que las CGC se han elaborado en relación con la actividad característica del predisponente. Normalmente, pero no siempre, es el predisponente además quien realiza la prestación característica; se trata asimismo, normalmente de CGC bastante o muy adaptadas al objeto del contrato.

También, en un número importante de casos, las CGC no han sido redactadas en relación con la actividad característica del predisponente, donde por lo tanto pueda tener unos conocimientos de los que carezca el adherente. La mayoría de los casos de esta categoría corresponden al primer tipo, en que la posición de predisponente de las CGC no era ocupada por los profesionales que realizaban la prestación característica del contrato subyacente, sino por los que realizaban la prestación monetaria. Los supuestos son distintos, pero en todos ellos el elemento fundamental es su aplicación a (a) operaciones que tienen un fuerte impacto en el conjunto de los gastos de la empresa, proporcionalmente a su tamaño o capacidad de gasto; (b) su posición de mayor fortaleza negociadora, en cuanto a tamaño, respecto a los profesionales adherentes; (c) en áreas o servicios con abundante oferta en situaciones de fuerte competencia, en que los bienes o servicios prestados eran fácilmente

intercambiables por otros similares; y (d) cuando existe una organización lo suficientemente cohesionada para aplicar las CGC de forma más o menos constante a un tipo de relaciones.

Como hemos dicho, el caso más conocido de este supuesto son las condiciones generales que para la compra que pueda establecer una empresa, generalmente de tamaño mediano o grande. Estas se preparan y ejecutan normalmente por un departamento especializado y con aplicación de procedimientos reglados de contratación.

5.10. Desarrollo de actividad negociadora

De la misma forma, la decisión de desarrollar o no una actividad negociadora en un contrato y dedicar recursos a esta actividad puede venir igualmente determinada por un posible análisis coste-beneficio, más que, en muchos casos, por un análisis de los riesgos que puedan derivarse de las relaciones determinadas en ese contrato. Como se sabe, precisamente uno de los fundamentos económicos que justifican la existencia de las CGC es precisamente el ahorro en los costes de transacción.

Hemos analizado la actividad negociadora en torno a contratos con CGC, bien porque el contenido íntegro del contrato, más allá de la determinación de elementos esenciales (objeto, precio, plazo), viene determinado por CGC, o porque incluyen como parte del mismo CGC para una parte del contrato (por ejemplo, un contrato de arrendamiento que impone unas normas genéricas de comportamiento del arrendatario como un anexo separado, que no es objeto de negociación).

Para ello, como en otros casos, partiendo de los contratos considerados como CGC o posibles CGC, hemos considerado tanto el tipo de empresas por tamaño (Tabla 21), como el importe de los contratos (Tabla 22).

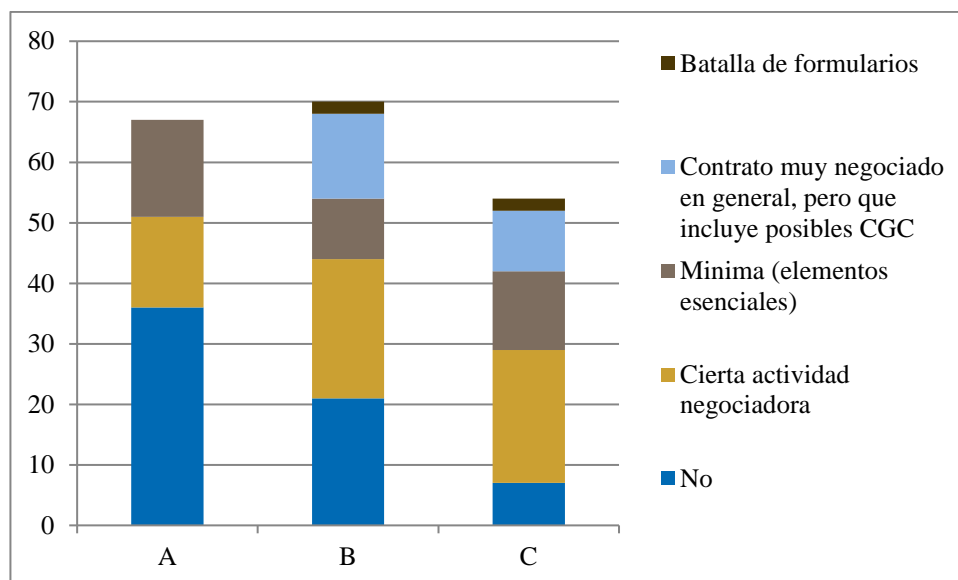


Tabla 21: actividad negociadora de contratos con CGC según el tamaño de los profesionales

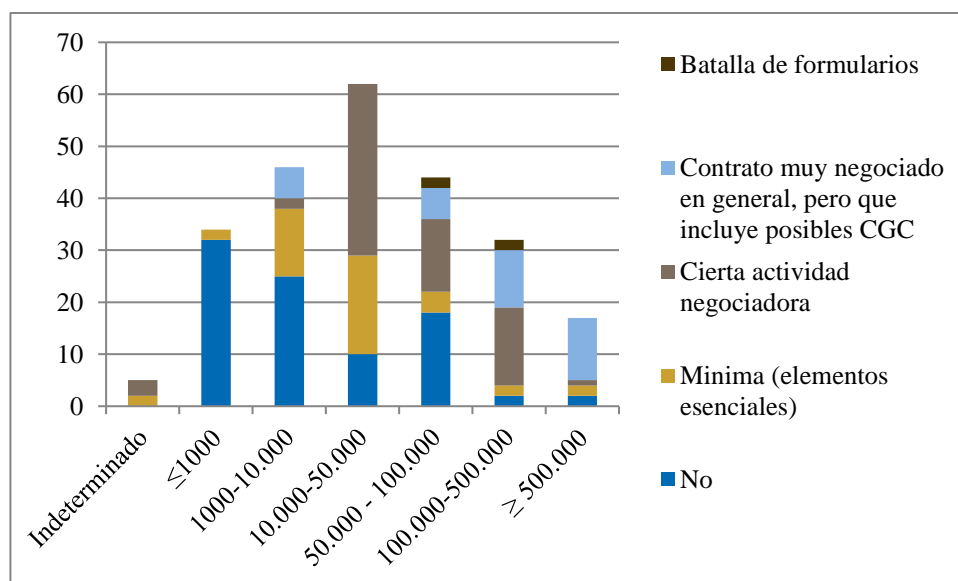


Tabla 22: actividad negociadora de contratos con CGC según el importe de los contratos

El supuesto más frecuente tanto entre los profesionales de menor tamaño (las microempresas de categoría A), como entre los contratos de menor tamaño, especialmente los de menos de 10.000 euros y de manera aun mayor entre los de menos de 1.000 euros, es la ausencia total de actividad negociadora. En estos contratos de menor importe, el argumento de los costes de negociación puede parecer preponderante. No se desarrolla actividad negociadora porque el coste no lo justifica. En contratos de mayor importe, la falta

de negociación puede estar justificada por la imposibilidad impuesta o percibida, de obtener realmente cambios.

Los otros dos supuestos sobre los que merece la pena llamar la atención son los de los contratos muy negociados, pero que incluyen CGC y las denominadas batallas de formularios.

Respecto al primer grupo, de contratos muy negociados, pero con CGC, los encontramos mayoritariamente en contratos tanto de las empresas pequeñas como de las medianas y grandes, pero que corresponden generalmente a contratos con importe más elevado. Se trata de contratos en que se ha desarrollado una actividad negociadora importante, pero en los que partes más o menos extensas del contrato están sometidas a CGC, o que podrían ser CGC, bien porque se trata de documentos que alguna de las partes han considerado no negociables (por ejemplo, por necesidad de uniformidad) o por no haber sido negociadas en concreto por las partes (por ejemplo, las denominadas cláusulas de estilo). En estos casos, lo relevante es determinar el significado a la actividad negociadora que, siendo generalmente amplia o intensa para parte del contrato, es mucho más ligera o inexistente en relación con otras estipulaciones contractuales.

Respecto a las “batallas de formularios” detectadas, que es otro de los casos que típicamente reciben más atención de la doctrina respecto a las peculiaridades de la contratación bajo CGC entre profesionales, solo hemos encontrado en la muestra unos pocos ejemplos de planteamiento durante las negociaciones de las CGC de las dos partes. En los casos detectados, las partes intercambiaron versiones de los contratos basadas en las CGC de cada una de ellas, aunque en la mayoría de los casos durante el proceso las partes decidieron aplicar solo unas expresamente. Solamente en un caso hemos encontrado lo que corresponde realmente al concepto de “batalla de formularios”, un contrato firmado, pero sin concreción expresa de las partes de cuáles eran las CGC que aplicaban.

CAPÍTULO 4: FÓRMULAS DE TRATAMIENTO DE LAS CGC EN LOS DERECHOS NACIONALES DE CONTRATOS

1. Introducción: propósito y criterios de la revisión de la experiencia comparada

Dado que el fenómeno de las CGC está generalizado en todos los países, el elemento del derecho comparado nos permite contemplar una pluralidad de vías de tratamiento de los contratos con CGC entre profesionales. Esta revisión nos permitirá valorar tanto la actual posición del derecho español, como considerar alternativas más allá del referente que ha sido la normativa alemana. Este modelo tradicional para la doctrina española y la de otros países ha sido objeto de críticas en los últimos años por una parte de su propia doctrina y práctica empresarial precisamente en relación con el tratamiento de CGC entre profesionales, cuestión de la que nos haremos eco.

Sin embargo, a la hora de considerar la posibilidad de proponer la adopción en España de algunas de estas medidas no hay que olvidar las dificultades intrínsecas de la importación de soluciones. En cada país, el tratamiento de las CGC entre profesionales va a estar fuertemente relacionado con su tradición jurídica (en particular el grado general de intervención en el contenido del contrato) y la posición de esos mismos países respecto a la protección de los consumidores.

Las experiencias del derecho comparado son esenciales a la hora de entender el modelo adoptado por el legislador español en 1998, que, con todos sus errores, no tiene una posición sustantiva tan única como parece¹⁴⁵. Por la doctrina que trata el tema se suelen señalar de forma notable el “retraso” de nuestro régimen respecto a otros sistemas más avanzados como el alemán. La ley alemana de Condiciones Generales de la Contratación (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) de 1976 (ABGB), así como su jurisprudencia y doctrina asociada han tenido un fuerte impacto en la doctrina española, y su normativa se ha expuesto y explicado entre nosotros profusamente¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Cfr. MARIN LOPEZ, J.J., “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, 2000, p. 114.

¹⁴⁶ Entre otros muchos comentarios, creemos que el que mejor resume el impacto de la AGBG es el de SÁNCHEZ ANDRÉS, que la califica de “la *experiencia probablemente más lograda, desde el punto de vista técnico, que hasta el momento [1980] nos ofrece el derecho comparado*”, aunque luego lo califica como “*algo rígido*” (SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El control de las Condiciones Generales en derecho

La experiencia comparada nos permite comprobar los efectos que las medidas tomadas tienen en la contratación empresarial, algo esencial para este trabajo. Como ya hemos mencionado anteriormente, las enmiendas que proponían la introducción de controles de contenido en la LCGC se rechazaron con el argumento de evitar rigideces en la contratación y efectos negativos en la competitividad de nuestras empresas¹⁴⁷. Viendo la práctica de otros países podemos ver si eran o no fundados esos temores.

Aunque ya existen diversos trabajos sobre el tratamiento de las CGC en derecho comparado¹⁴⁸, es siempre necesario considerar el asunto a la luz de las novedades recientes. Además, nuestra aproximación está referida en particular al supuesto de la contratación entre profesionales, mientras que muchos de los trabajos cubren la cuestión desde una perspectiva general, incluyendo a los consumidores.

Los estados cuyo tratamiento de la cuestión analizamos comparten, pese a importantes diferencias, unos principios comunes respecto a la organización económica y empresarial (economía capitalista, con libertad de empresa y de contratos). Estos presentan en muchos casos similitudes en las estructuras de producción o comercialización en ámbitos donde el uso de CGC es más frecuente. Sin embargo, las diferentes soluciones de tratamiento de la cuestión en la práctica, no parecen tener efectos especialmente negativos.

Los estados europeos con mayores controles de contenido (Alemania, Austria o de forma más cercana a nosotros, Portugal) no parecían haber sufrido en exceso de “rigideces y falta de competitividad” (si bien en los últimos años hay un mayor número de voces críticas). Tampoco en los países donde las CGC carecen de tratamiento específico, o un control de contenido, parecen producirse efectos negativos importantes en su desarrollo empresarial. Como reconocía ALBIEZ DOHRNMAN a pesar de la enorme diversidad

comparado: Panorama Legislativo”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 157-158, Julio-Diciembre 1980, p. 417).

¹⁴⁷ Memoria del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, p. 87.

¹⁴⁸ Así, podemos destacar los trabajos de SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El control...”, o.c., pp. 385-436; SILVA-RUIZ, P. F., “Las condiciones generales y su control en el derecho contractual comparado” en *Bases de un derecho contractual europeo*, editado por S. ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 139-146. Más recientemente ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control” en *Derecho contractual comparado : una perspectiva europea y transnacional*, coordinado por S. SÁNCHEZ LORENZO, 2ª ed. Cizur Menor, Civitas, 2013, pp.383-484. De este mismo autor, para el tema del tratamiento de los profesionales específicamente, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección ...*, o.c., pp. 25 a 115.

dentro de Europa sobre la materia “el mercado funciona perfectamente” y “parece demostrarse la idea de que el mercado no es más o menos competitivo por el hecho de que haya una mayor o menor protección de los contratantes frente a las condiciones generales”¹⁴⁹.

En línea con el principio del que partimos, y tal vez pecando de ingenuidad de nuevo, no consideramos que necesariamente una regulación más detallada o un tratamiento más singular de las CGC equivalgan automáticamente a un sistema “más avanzado”. Es verdad que en los últimos años ha aumentado en el mundo el número de países que introducen fórmulas de control sobre los contratos con CGC, para incluir también los contratos celebrados entre profesionales (como Australia o Francia). Sin embargo, otros estados han optado por no singularizar las CGC como objeto de tratamiento, sino que otorgan un determinado nivel de protección a los contratantes, con independencia de la forma de determinación del contenido contractual (esto es, si se usan CGC o no). Así, se puede dar una intervención general en el marco del derecho de contratos (como sucede en los países escandinavos) o en contextos de regulación del derecho económico y de la competencia (por ejemplo, en Bélgica) considerando su regulación en el marco de las normas de protección del mercado, situaciones de abuso de posiciones de dominio, etc.

El eje principal de análisis que vamos a seguir atiende a la consideración o no de las CGC como categoría con tratamiento diferenciado dentro del derecho de contratos, y el nivel de intervención en su contenido (siempre claro, en relación con contratos entre profesionales). Distinguiremos tres aproximaciones básicas:

- a) Ausencia de tratamiento singular. En estos países se opta por no regular las CGC de forma específica. Las CGC son tratadas por las normas generales del derecho de contratos, sin que constituyan una categoría separada, al menos fuera del ámbito del derecho de consumo (donde sí puede tener una regulación más o menos específica). Eso no quiere decir que los pactos contractuales, y las circunstancias mismas de la contratación masiva o en situaciones de desequilibrio no sean objeto de atención. Para estos países se trata de regular los problemas contractuales entre profesionales desde un marco de intervención general, con independencia de si el contenido

¹⁴⁹ Cfr.- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección...*, o.c., p. 23. Acto seguido sin embargo señala que esto “no significa que se deba dejar abandonados a los empresarios a los remedios tradicionales”.

contractual se ha establecido o no mediante CGC.

Estas normas pueden convivir con normas específicas sobre CGC con consumidores, especialmente de origen europeo, por la relevancia de la Directiva 93/13. Su transposición hizo que los correspondientes legisladores se plantearan, y rechazaran en muchos casos, de forma más o menos consciente, la extensión de dicha protección a los profesionales, como ocurrió en los países escandinavos, Polonia o en Suiza cuando introdujo su propia legislación de consumidores, como luego veremos.

- b) Singularización parcial de las CGC. Se trata de aquellos sistemas que individualizan las CGC como merecedoras de un tratamiento específico, pero éste es parcial. La regulación puede ser respecto a los tipos de control a los que se sujetan las CGC (generalmente de incorporación o interpretación) o bien respecto al ámbito subjetivo (únicamente determinado tipo de empresarios). Lo relevante en esta categoría es que se excluye la aplicación de controles de contenido generales a todos los contratos entre profesionales.

Vamos a analizar en esta categoría los casos de Italia, Australia y Holanda, además de España, y otros como Polonia y la República Checa que no revisaremos gran en detalle.

- c) Singularización amplia de las CGC. Se trata de aquellos sistemas en que se identifican las CGC como problema específico y se les da un tratamiento con controles de contenido. Se incluyen en este grupo, además de Alemania y Portugal, países que revisaremos en cierto detalle, y otros como Austria o Turquía que no revisaremos. Hemos incluido provisionalmente a Francia en este apartado, aunque, por lo reciente de las modificaciones y las dudas existentes sobre su sentido, podría llevarnos a situarla en el primer bloque.

La clasificación tampoco es fácil en ocasiones, porque podemos encontrarnos en situaciones más o menos intermedias, como el ya mencionado caso francés. Por lo tanto, esta tiene que tomarse principalmente como una forma de agrupación que nos sirva para evitar un listado desorganizado de experiencias. Lo relevante es ver cómo los distintos modelos pueden servirnos para uno de los propósitos de este trabajo, detectar problemas y alternativas en el tratamiento de las CGC entre profesionales, en particular respecto al control de contenido, pero sin olvidar otros temas directamente relacionados, como es el mismo

concepto de CGC.

2. Tratamiento bajo las normas generales de derecho de contratos: ausencia de tratamiento singular

El problema de las CGC no se planteó realmente hasta el s. XX, cuando los diversos sistemas nacionales de derecho de contratos ya estaban en general articulados en torno a principios de mínima intervención y máximo respeto de la voluntad de las partes. Enfrentados a la cuestión de las CGC, diversos países han optado por no introducir normas específicas de tratamiento de las CGC, al menos fuera del ámbito del derecho de consumo.

En algunos casos se han mantenido los mismos principios tradicionales de respeto a la libertad contractual de corte liberal, más o menos moderados o actualizados. En otros casos se ha realizado una revisión más amplia de la cuestión contractual, con una visión más intervencionista del estado en la regulación de los contratos. El uso (o abuso) de las CGC no ha sido sino uno más de los elementos que han puesto de manifiesto la necesidad de un replanteamiento del concepto liberal del contrato.

Se trata pues de dos aproximaciones de fondo muy diferentes, pero que comparten la ausencia de singularización general de las CGC. En cualquier caso, no se trata de una ausencia total de tratamiento. No es raro que se traten regulen cuestiones singulares propias de las CGC, como las “batallas de formularios”, o cláusulas concretas contenidas en CGC (limitaciones de responsabilidad), o en estipulaciones contenidas en contratos específicos (contratos de distribución, agencia, etc.), pero se hace de forma específica y no con una voluntad de tratamiento general de las CGC.

El número de países que podríamos incluir es amplio: gran parte de América del Norte (EE. UU. y Canadá¹⁵⁰) y del Sur, así como varios países europeos (área escandinava, Bélgica y el Reino Unido, Suiza, Irlanda, Grecia¹⁵¹). Vamos a considerar con cierto detalle

¹⁵⁰ Aunque en Canadá no haya una regulación general, en algunos estados de Canadá (por ejemplo, en el Estado de los Territorios del Noroeste), todos los actos inferiores a 7500 dólares canadienses son considerados actos de consumo, con independencia de las características de las partes.

¹⁵¹ En Grecia el control en los contratos entre profesionales se realiza según los criterios generales del Código Civil, esto es la buena fe, las buenas costumbres (*boni mores*), la equidad, y el abuso de derecho, etc., que constituyen reglas de derecho imperativo, y que, en caso de contravención implica la nulidad de la cláusula (Cfr. STATHOPOULOS, M. y KARAMPATZOS, A.G., *Contract Law in Greece*, 4ª edición, Kluwer Law International, Amsterdam, 2014, p. 22). Existe en Grecia una normativa separada para las cláusulas abusivas en contratos con consumidores que sí define lo que son las CGC, pero ésta

algunos países con esta tendencia, en concreto Estados Unidos, Reino Unido, Suiza, Bélgica y los países escandinavos, que son los que producen unos modelos más interesantes.

2.1. Estados Unidos

En ese país la regulación de la materia contractual es compleja: se trata fundamentalmente de una competencia de los estados (el Gobierno Federal no tiene apenas competencias en el ámbito del derecho contractual) y una parte importante de su derecho es de origen judicial (*common law*). Pese a ciertas diferencias menores entre estados, parece darse un importante grado de similitud y casi uniformidad en el tratamiento de la cuestión¹⁵².

Esta situación es fruto de una tradición jurisprudencial común y, sobre todo, de la influencia del Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*)¹⁵³. El Código Comercial Uniforme prevé el uso del principio de “abusividad” (*unconscionability*)¹⁵⁴, ya presente en el derecho de origen jurisprudencial (*case law*). En su art. 2-302 se establece:

solo resulta aplicable a las relaciones con consumidores reguladas por la Ley 2251/1994 de protección del consumidor.

¹⁵² Por último, sí que hay que hacer notar alguna iniciativa relativa a regular no solo las CGC de forma específica, sino a hacerlo introduciendo una regulación completa, incluidos los contratos entre profesionales. La “*New Jersey Law Review Commission*” realizó en 1998 una interesante propuesta, cuyo ámbito de aplicación incluía tanto los contratos bajo CGC con consumidores como los suscritos entre profesionales. Se consideraba que en ambos casos faltaba una auténtica voluntad contractual con el argumento de que éstos no tienen mayor capacidad negociadora: “Un profesional que compre en un mercado abierto no tiene más capacidad de negociación con respecto a las cláusulas no esenciales del contrato que lo que tiene un consumidor. Por lo tanto, tratar el contrato con consumidores y entre profesionales con las mismas normas está justificado”. “*A commercial party buying on the open market does not exercise any more bargaining power with respect to secondary contract terms than does a consumer. Therefore, treating consumer and commercial contracts under the same set of rules is justified.*” (NEW JERSEY LAW REVISION COMMISSION, “Final report relating to standard form contracts”, octubre de 1998. El proyecto introducía un elaborado mecanismo de control sobre las CGC, así como sobre ciertas clases de CGC en particular (limitación de responsabilidad, sometimiento a arbitraje). Finalmente, y en una versión más reciente, este estado norteamericano ha limitado sus propuestas de regulación exclusivamente a contratos con consumidores (Cfr. NEW JERSEY LAW REVISION COMMISSION, “Further Revised Draft Final Report Regarding Standard Form Contracts”, 10 de febrero de 2020)

¹⁵³ Este documento, elaborado por la Conferencia Nacional de Delegados de Leyes Estatales Uniformes (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) y el Instituto Americano de Derecho (*American Law Institute*), ha sido adoptado de una u otra forma por la casi totalidad de los estados y territorios que componen los Estados Unidos. No es en sí una norma, sino un “modelo de ley uniforme”, que adquiere valor normativo mediante su adopción expresa por los correspondientes estados y territorios.

¹⁵⁴ El término *unconscionability* es muy difícil de traducir con su significado exacto. Una versión más bien literal sería “desmesurado” en el sentido de “exceso” o “irracionalidad”. Se suele traducir como “abusividad”, más cercano a la terminología española que se usa respecto a CG, aunque, como luego se explicará es más complejo que lo que generalmente se entiende en nuestro contexto por abusivo especialmente tras la Directiva 93/13.

“§ 2-302. Contrato o cláusula abusivo

(1) Si, como cuestión de Derecho, el tribunal considera que el contrato o alguna estipulación de este era abusivo (*unconscionable*) en el momento en que se acordó, el tribunal puede negarse a hacer cumplir el contrato, o puede hacer cumplir el resto del contrato sin la cláusula abusiva, o puede limitar la aplicación de cualquier cláusula abusiva para evitar cualquier resultado abusivo.

(2) Cuando se alegue o parezca al tribunal que el contrato o cualquier estipulación de este puede ser abusivo, las partes deberán tener una oportunidad razonable para presentar pruebas en cuanto a su entorno comercial, propósito y efecto para ayudar al tribunal a tomar la decisión.”¹⁵⁵

Como señalábamos, no se trataba de una norma nueva, sino que ya se aplicaba al menos desde mediados del s. XVIII bajo los principios del “derecho de equidad”, para intervenir en contratos excesivamente injustos a favor de una de las partes¹⁵⁶.

El art. 2-302 del UCC se aplica sólo a los contratos de venta de bienes, y tanto con consumidores como entre profesionales¹⁵⁷. Además, más recientemente se ha extendido este principio general a otros contratos, como los de arrendamiento (art. 2A-108. UCC), con algunas peculiaridades en el caso de contratos de arrendamiento con consumidores.

Aunque el art. 2-302 del UCC se aplica fundamentalmente a situaciones de existencia de CGC¹⁵⁸, no es una norma que requiera que estemos ante este supuesto. De hecho, si bien parece que los borradores iniciales limitaban la aplicación del art. 2-302 del UCC a CGC, en su redacción final en 1952, la presencia de éstas no es un requisito para la aplicación de la

¹⁵⁵ “§ 2-302. Unconscionable contract or Clause. (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination”. La traducción del precepto al español en el texto es propia .

¹⁵⁶ Cfr. SARGENT, T. "Unconscionability redefined: California imposes new duties on commercial parties using form contracts." en *Hastings Law Journal*, vol 35.1, 1983, p. 162.

¹⁵⁷ En algunos estados, por ejemplo, en California, se aplica no solo a los contratos de ventas de bienes, sino a todos los contratos, operando, así como un límite genérico de la libertad contractual. Cfr. Código Civil de California, art. 1670.5, con idéntica redacción al texto del UCC, disponible en https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?sectionNum=1670.5.&lawCode=CIV.

¹⁵⁸ De hecho, SPANOGLE señalaba que hasta 1969 (la fecha de su trabajo) todos los casos judiciales relativos al art. 2-302 del UCC implicaban CGC. (Cfr. SPANOGLE, J.A., "Analyzing Unconscionability Problems" en *University of Pennsylvania Law Review*, May, 1969, vol. 17, p. 942, nota 47.

norma¹⁵⁹.

El concepto de abusivo (*unconscionable*) es objeto de un ingente análisis académico y múltiples y variadas interpretaciones y críticas. Sin embargo, parece no haberse llegado a proporcionar a los tribunales una guía clara de lo que debería de entenderse bajo este término¹⁶⁰. Ni siquiera el comentario oficial al art. 302 UCC proporciona mucha ayuda a los tribunales, aunque sí puede ser útil a nuestros efectos:

“es [abusivo] si, a la luz del contexto general de la actividad comercial y las necesidades de negocio del caso o ámbito de práctica particular las estipulaciones son tan favorables a una de las partes como para ser consideradas abusivas en las circunstancias existentes en el momento de la formalización del contrato. El principio es el de prevención de la opresión y la sorpresa injusta [...] y no de enturbiar la distribución de riesgos debida a un poder de negociación superior.”¹⁶¹

Normalmente los tribunales requieren que se dé un elemento de tipo procedimental (*procedural unconscionability*) y otro material (*substantive unconscionability*). Los elementos procedimentales implican la existencia de algún tipo de cláusulas inesperadas en cuanto a su contenido o con una ubicación en el contrato que hacen que pasen desapercibidas. También puede concurrir en la contratación un elemento de “fuerza” u “opresión” que permita solo aceptar el contrato o rechazarlo tal cual (lo que se denomina “*take-it-or-leave-it basis*”), sin influir en el contenido. En cuanto a los materiales, es necesario que las estipulaciones contractuales sean “comercialmente irrazonables” (*commercially unreasonable*) o no tengan relación con los riesgos económicos asumidos por las partes. No se requiere que los dos elementos (procedimentales y materiales) estén presentes siempre con la misma intensidad y si materialmente las cláusulas son muy duras, el elemento

¹⁵⁹ Cfr. Entre otros SPANOGLE, J.A. “*Analyzing ...*”, o.c., p. 942. Sin perjuicio de lo anterior, se entiende cuando se aplica la doctrina genérica de *unconscionability*, que muchos tribunales consideran que estar ante CGC es un elemento necesario, pero no suficiente (BECKER, B.M. y SECHRIST, J. R., “Claims of Unconscionability: An Empirical Study of the Prevailing Analysis in North Carolina”, en *Wake Forest Law Review*, vol.49, 2014, p. 646

¹⁶⁰ BRIDWELL, P., “The Philosophical Dimensions of the Doctrine of Unconscionability.” en *The University of Chicago Law Review*, vol. 70.4, 2003, pp. 1513-1514.

¹⁶¹ “is whether, in the light of the general commercial background and the commercial needs of the particular trade or case, the clauses involved are so one-sided as to be unconscionable under the circumstances existing at the time of the making of the contract. [...] The principle is one of the prevention of oppression and unfair surprise [...] and not of disturbance of allocation of risks because of superior bargaining power.”, AAVV, Uniform Commercial Code Official Text and Comments, New York, 1978, citado por SARGENT, T. “Unconscionability ...”, o.c., p. 164.

procedimental es menos relevante, y al revés¹⁶².

A pesar de las dificultades en concretar lo que se entiende por “abusivo”, su prohibición ha sido usada en contratos con CGC en diversos casos de profesionales. GURNICK y WOLF señalan que los tribunales de algún estado, como California, parecen más proclives que otros a su utilización en casos entre profesionales y que los demás estados usarían esta doctrina más en los casos de contratación con consumidores¹⁶³. En California dichos autores citan algunos casos relevantes que atañen a contratación entre profesionales. Puede ser útil examinar uno de ellos para entender el funcionamiento de este principio general: un promotor musical tuvo que firmar un contrato con uno de sus artistas siguiendo las cláusulas del Sindicato de la Federación Americana de Músicos (*American Federation of Musicians Union*) que imponía un arbitraje del mismo sindicato. El Tribunal Supremo de California consideró que el promotor no tenía otra opción que aceptar las cláusulas impuestas por el sindicato y que someterse a un arbitraje por el mismo sindicato carecía de un “mínimo nivel de integridad”¹⁶⁴, por lo que aplicó el principio de la abusividad. En otras decisiones judiciales recogidas por los autores, sin embargo, se consideraba que el principio de *unconscionability* no podía aplicarse entre partes conocedoras del mercado o con un poder de negociación comparable¹⁶⁵.

Un tema de interés es si contar con asesoramiento jurídico durante un proceso de negociación tiene efectos en la aplicación del principio de *unconscionability*. La respuesta parece ser mayoritariamente positiva, si bien con matices. En su estudio aplicado a los casos en que se había alegado esta doctrina, BECKER y SECHRIST concluyeron que la presencia de asesoramiento jurídico eliminaba de forma práctica esta posibilidad. En los casos analizados por estos autores se consideraba que actuar asesorado de un abogado eliminaba

¹⁶² SARGENT, T. "Unconscionability ...", pp. 164-165.

¹⁶³ GURNICK, D., y WOLF, S., "Unconscionability in Franchising." En *Franchise Law Journal* vol 38.1, 2018, pp. 95. De hecho algún estudio específico en otro estado, Carolina del Norte, concluía que las posibilidades de éxito de estos casos eran extraordinariamente limitadas y que de 89 casos judiciales considerados en un estudio, solo en tres supuestos se aplicó esta doctrina, excluyéndola en los demás casos por diversos motivos, especialmente cuando el adherente había estado representado por un abogado (Cfr- BECKER, B.M. y SECHRIST, J. R., "Claims of Unconsciousability: An Empirical Study of the Prevailing Analysis in North Carolina", en *Wake Forest Law Review*, vol.49, 2014, pp. 633 - 647).

¹⁶⁴ Caso *Graham v. Scissor-Tail* 28 Cal.3d 807 (Cal. 1981) citada por GURNICK, D., y WOLF, S., "Unconscionability...", o.c., p. 91.

¹⁶⁵ Cfr. GURNICK, D., y WOLF, S., "Unconscionability...", o.c., p. 91.

el potencial de aprovechamiento por el predisponente del miedo o desconocimiento de la parte más débil¹⁶⁶. En sentido contrario, sin embargo, la presencia de un abogado parece ser irrelevante en otros supuestos, en particular en situaciones donde no había una posibilidad real de discutir las condiciones generales¹⁶⁷.

El UCC sí que contiene un problema típico de CGC, el bien conocido caso de la “lucha o batalla de formularios” (*battle of forms*) en su sección 2-207, pero donde de nuevo no se requiere que estemos ante CGC. Las estipulaciones contractuales que se propongan, aunque normalmente van a estar incluidas en las CGC del proponente, pueden serlo igualmente en las condiciones particulares.

Otro elemento para tener en cuenta es el denominado “(Segundo) Repertorio de contratos” (*The restatement (second) of contracts*), de 1952, una recopilación de derecho de origen judicial de gran prestigio elaborada por el Instituto Americano de Derecho (*American Law Institute*). Pese a que es una obra de iniciativa privada, es a menudo citada por los tribunales. Sin embargo, y como han señalado autores como ZACKS o BARNES, este apartado raramente se alega en los procedimientos que tratan contratos con CGC. Incluso cuando se invoca en el ámbito de contratos con consumidores, los jueces raramente lo aplican dada su tradicional reticencia a intervenir en general en los contratos¹⁶⁸. Si este es el caso en supuestos de contratación con consumidores, es de pensar que la reticencia sea mayor cuando se trate de profesionales.

Los tribunales estadounidenses suelen considerar también las CGC a la luz de otros principios generales. Así, junto al ya mencionado principio de *unconscionability*, encontramos los de las expectativas razonables (*reasonable expectations*)¹⁶⁹, el interés

¹⁶⁶ Cfr- BECKER, B.M. y SECHRIST, J. R., “Claims...”, o.c., p. 646.

¹⁶⁷ GURNICK, D., y WOLF, S., “Unconscionability...”, o.c., p. 86.

¹⁶⁸ Cfr. ZACKS, E.A., “The restatement (second) of contracts § 211: unfulfilled expectations and the future of modern standardized consumer contracts” en *William & Mary Business Law Review*, Vol. 7, 2016, p. 733. Asimismo, BARNES insiste y argumenta los motivos por los que la norma doctrinal debería recibir más atención en el contexto de la protección de los consumidores. BARNES, W., “Toward a fairer model of consumer assent to standard form contracts: in defense of Restatement subsection 211(3).” en *Washington Law Review*, vol 82.2, 2007, p. 227. Dado el poco éxito hasta ese momento parece aún más difícil que pueda aplicarse a los contratos entre profesionales, de los que se espera un nivel de atención al contrato (la lectura) y de capacidad de comprensión superior al de los consumidores.

¹⁶⁹ Véase al respecto a estos principios generales y su influencia en España, especialmente el de las expectativas razonables, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., y CARBAJO GONZÁLEZ. J., *Las*

público (*public policy*) en proteger el proceso de negociación, así como los deberes esenciales (*fundamental duties*) del predisponente que no pueden ser ignorados por este aun mediando pacto expreso, principios generales todas ellos que son también parte del concepto mismo de *unconscionability*¹⁷⁰.

2.2. Reino Unido

En el Reino Unido el tratamiento de las CGC entre profesionales viene determinado por las normas generales del derecho de contratos, si bien presenta algunas peculiaridades respecto a algunas cláusulas concretas.

Respecto al derecho “estatutario”, esto es, de normas aprobadas por el parlamento¹⁷¹, la norma más relevante que debemos considerar es la Ley de 1977 de Estipulaciones Contractuales Injustas (*Unfair Contracts Terms Act 1977* o “UCTA”) que busca eliminar desequilibrios contractuales en relacion con ciertos tipos de estipulaciones concretas principalmente las cláusulas de limitación de responsabilidad¹⁷². Se trata de una norma muy compleja y difícil de interpretar incluso para los expertos¹⁷³. Desde el punto de visto subjetivo la UCTA se aplica en la actualidad únicamente a contratos “entre profesionales, así como a los contratos entre consumidores” (excluyendo de la misma los contratos entre

condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, pp. 165 y ss.

¹⁷⁰ Cfr. SPANOGLE, J.A "Analyzing ...", o.c., p. 932.

¹⁷¹ El Derecho inglés se compone de normas tanto emanadas por el parlamento (*statutes*) como de las decisiones de los tribunales (*case law*), que son fuente de Derecho, y que son la fuente principal de la normativa que regula al derecho de contratos. Por lo tanto, a la hora de examinar la situación del Derecho inglés habrá que revisar ambas fuentes de Derecho.

¹⁷² La normativa del Reino Unido resulta generalmente mal entendida. Por lo que respecta a Inglaterra (recuérdese que la normativa es distinta en Inglaterra y Gales por un lado y Escocia e Irlanda del Norte por otro) existe un control sobre las cláusulas abusivas de contratos con consumidores (la “*Unfair terms in consumer contracts Regulations*” o UTCCR de 1999, que implementaba la Directiva 93/13/CEE y por otro lado la “*Unfair Contracts Terms Act 1977*” a la que nos referimos en el trabajo. La UTCCR, aunque no se refiere específicamente a CGC sino, siguiendo la Directiva 93/13/CEE, a las cláusulas no negociadas individualmente, encuentra en las CGC con consumidores su ámbito de aplicación preferente, siendo por lo tanto bastante cercana a nuestro art. 10 de LGDCU.

¹⁷³ El estudio que propuso su revisión señala las dificultades de comprensión de manera repetida, y así señalan “*como hemos visto por nuestra propia experiencia, es difícil de entender completamente sin una lectura muy cuidadosa*” (THE LAW COMMISSION, *Unfair terms in contracts. A Joint Consultation Paper*, Londres, 2002, p.3), y en otras ocasiones refiriéndose a la UCTA la caracterizan como “de la que se ha dicho, incluso por abogados, que es muy difícil de entender” (cfr. THE LAW COMMISSION, *Unfair terms...*, o.c. p.73)

profesionales y consumidores)¹⁷⁴.

La UCTA considera cláusulas abusivas (*unfair*) ciertas exclusiones de responsabilidad, con independencia de cómo se incorporen al contrato, es decir, tanto si se contienen en CGC, que es lo más habitual, como si no. Así se regulan como inválidas las renunciaciones a la responsabilidad por negligencia (art. 2)¹⁷⁵, así como la exclusión de determinadas responsabilidades en contratos de compraventa y venta a plazos (art. 6) y otros contratos de transmisión distintos (art. 7) o “*misrepresentations*”¹⁷⁶ (art. 8), sin requerir que estas renunciaciones se hayan incluido en CGC.

Pero por otro lado, una de sus reglas más importantes, el art. 3 UCTA (exclusión de responsabilidad contractual), se aplica solo en caso de tratarse de una cláusula contenida en CGC. Concretamente se pide que la exclusión esté contenida en “las CGC de la otra parte” (“*on the other’s written standard terms of business*”), si bien no define lo que son CGC. Ese artículo 3 UCTA impide al predisponente (a) excluir la responsabilidad por su propio incumplimiento, o (b) salvo que la estipulación correspondiente contenida en CGC pase un “test de razonabilidad” (*reasonableness*), realizar sus prestaciones contractuales de una manera diferente de la que se esperaría razonablemente de él o no realizar ninguna prestación en absoluto¹⁷⁷. La “razonabilidad” implica que la estipulación haya sido incluida de forma justa y razonable considerando las circunstancias que eran conocidas, o razonablemente deberían de haber sido conocidas, por las partes o en consideración a las mismas cuando se suscribió el contrato (art. 11 (1) UCTA)¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Este cambio se produjo de acuerdo con la *Consumer Rights Act 2015*, en concreto su sección 70 que excluía de la aplicación de esta los contratos con consumidores, que pasaban a cubrirse en esa misma norma de tal manera que según las notas explicativas la UCTA “abarca contratos de profesional a profesional y de consumidor a consumidor” (“*covers business to business and consumer to consumer contracts only*”).

¹⁷⁵ Se citan aquí únicamente los cambios referidos a la legislación inglesa, que son repetidos de forma casi literal para la legislación escocesa, o común para todo el Reino Unido.

¹⁷⁶ Término extraordinariamente difícil de traducir correctamente, pues lo que implica una *misrepresentation* en derecho inglés, es una incorrección o falsedad de una aseveración que las partes expresamente y en el contrato, han tenido en cuenta para concluir el contrato.

¹⁷⁷ En el equivalente de esta norma para Escocia, art. 17, la redacción es ligeramente distinta, puesto que el test se aplica tanto a la exclusión de responsabilidad como a lo relativo a la forma de cumplimiento o no de las obligaciones. Además el test escocés se basa en ser “justo y razonable” (*fair and reasonable*).

¹⁷⁸ “*the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.*”. La traducción al español del texto es propia.

Hay en realidad un “test de razonabilidad” dual con elementos distintos: el primero para el art. 3 UCTA, como ya hemos visto; y el segundo es aplicable a las prohibiciones de los artículos 6 y 7 UCTA donde no es necesario que concurren CGC. En este segundo test de razonabilidad, contenido en el Anexo 2, se incluye elementos importantes tales como:

- “(a) la fuerza de las posiciones de negociación de las partes en relación entre sí, teniendo en cuenta (entre otras cosas) los medios alternativos por los cuales se podrían haber cumplido los requisitos del cliente;
- (b) si el cliente recibió un incentivo para aceptar la cláusula, o al aceptarlo tuvo la oportunidad de celebrar un contrato similar con otras personas, pero sin tener un término similar;
- (c) si el cliente sabía o debería razonablemente haber sabido de la existencia y el alcance de la estipulación (teniendo en cuenta, entre otras cosas, cualquier costumbre del comercio y cualquier curso anterior de negociación entre las partes);
- (d) cuando la estipulación excluya o restrinja cualquier responsabilidad pertinente si no se cumple alguna condición, si era razonable en el momento del contrato esperar que el cumplimiento de esa condición fuera factible;
- (e) si las mercancías fueron fabricadas, procesadas o adaptadas al pedido especial del cliente.”¹⁷⁹.

Así pues, en el Reino Unido, desde el punto de vista del derecho estatutario la intervención es muy limitada en las CGC entre profesionales. LA UCTA además se refiere a todo tipo de estipulaciones contractuales, sean o no CGC, si bien en la práctica su aplicación judicial se ha referido fundamentalmente a CGC¹⁸⁰.

Por otro lado, desde el punto de vista del *common law*, o derecho originado en precedentes judiciales, si bien no existe una doctrina general sobre las CGC, sí existe un corpus importante de jurisprudencia sobre distintos aspectos relativos a las CGC entre empresarios¹⁸¹. Los asuntos considerados por el jurisprudencia incluyen por ejemplo

¹⁷⁹ “(a)the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer’s requirements could have been met; (b)whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having a similar term; (c)whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and the extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties); (d)where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition was not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable; (e)whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.”. Traducción propia.

¹⁸⁰ THE LAW COMMISSION, *Unfair terms ...*, o.c., p. 135.

¹⁸¹ Así puede deducirse de los supuestos y casos citados las obras habituales de Derecho de contratos y Derecho Mercantil en el Reino Unido, entre otros CHITTY, J. y BEALE, H.G., *Chitty on Contracts*, 31 edición, London, Sweet & Maxwell, 2012. pp. 908-915; ANDREWS, N., *Contract Law*, 2ª ed.

principios interpretativos relativos al contrato (regla de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales)¹⁸² o las batallas de formularios¹⁸³.

Además, el derecho inglés de origen jurisprudencial contiene también casos relativos a la intervención en el contenido del contrato (lo que en otros sería el control de contenido) por dos vías, bien en la intervención directa en el contrato aplicando principios generales, o considerando aplicable en determinados supuestos a los empresarios la protección de los consumidores. A este último respecto, los tribunales han aplicado la normativa de protección de consumidores a profesionales, cuando llevan a cabo actos fuera de su actividad principal, principalmente el consumo empresarial¹⁸⁴.

En cualquier caso, los tribunales ingleses muy poco proclives a intervenir en el contenido del contrato entre las partes en el momento de su integración e interpretación, como bien se resume “los tribunales no tienen capacidad para mejorar un contrato que tengan que interpretar, ni introducir estipulaciones que lo hagan más justo o razonable”¹⁸⁵. Las razones para ello son complejas, como señala NEILS “los tribunales consideran la posibilidad de regular los contratos por referencia a desajustes en el mercado y dureza material como una tarea delicada, de una naturaleza “cuasi-política”. Por esta razón, y en interés a la precisión, es mejor que tal regulación se lleve a cabo por normas positivas”¹⁸⁶. Así se señala en dos conocidos casos que tratan del tema, el del *National Westminster Bank plc v Morgan* (1985), en la opinión de Lord Scarman y en el caso *CTN Cash & Carry Ltd v. Gallahers* (1994) en la opinión de Steyn LJ. Como señalaba Lord Scarman en la primera de las sentencias citadas: “El Parlamento ha asumido la tarea, y es esencialmente una tarea legislativa, de introducir las restricciones a la libertad de contratos que considere necesarias

Cambridge, 2015. pp. 312-316, GOODE, R., *Goode on Commercial Law*. 4ª edición, 2010, Penguin Books, pp. 91-94.

¹⁸² Cfr. los casos señalados en GOODE, R., *Goode ...*, o.c., p. 91 y 92.

¹⁸³ En el área de la batalla de formularios “*en breve, el Derecho inglés adopta la solución del “último disparo”*” esto es la apuesta por la solución de considerar aplicable el último documento cruzado. los casos señalados en GOODE, R. *Goode ...*, o.c., p. 92

¹⁸⁴ Cfr. THE LAW COMMISSION, *Unfair terms...*, o.c., p. 137, nota 48.

¹⁸⁵ Cfr. GOODE, R. *Goode ...*, o.c., p. 97.

¹⁸⁶ Cfr. ANDREWS, N., *Contract Law*, o.c., p.316.

para evitar conductas maliciosas”¹⁸⁷.

Es precisamente en este contexto de revisión de la legislación positiva inglesa que se preparó entre 2002 y 2005 por la Comisión Legislativa de Inglaterra y la Comisión Legislativa de Escocia (*The Law Commission and The Scottish Law Commission*) que proponía una reforma de este régimen. El trabajo se formuló a petición del Ministerio de Comercio, encargado de la defensa de los consumidores y los asuntos empresariales. En la solicitud se pedía expresamente que se considerara la posible extensión a los profesionales, en particular a los pequeños empresarios, del marco de protección de los consumidores¹⁸⁸. Las conclusiones iniciales (2002) eran claramente favorables a una extensión amplia de los controles de contenido de las estipulaciones contractuales similar al régimen de los consumidores (sin distinguir si estábamos ante CGC o no). Este tratamiento debía de ser igual para todos los profesionales, sin hacer distinción entre los pequeños empresarios (*small businesses*) y los demás.

Sin embargo, las conclusiones, después de un largo proceso de consultas, recomendaban únicamente ampliar el ámbito de protección a los pequeños empresarios:

“el régimen que regula los contratos entre empresas de mayor tamaño debe dejarse sustancialmente como está, preservando la posición existente bajo la UCTA. A la luz del apoyo a la protección de las pequeñas empresas, planteamos varias opciones para un régimen de pequeñas empresas [...]. Estos debates confirmaron que existe un amplio apoyo (aunque no consenso) a un régimen específico para pequeñas empresas; y que la ruta preferida es permitir la revisión de todas las cláusulas del contrato con la excepción de aquellas que sean "básicas" o que se negociaron individualmente. Por lo tanto, recomendamos un esquema separado para proteger a las pequeñas empresas que se aplicará a cláusulas no negociadas y no esenciales”¹⁸⁹

La propuesta era la de someter las CGC (*written standard terms of business*) que se usaran en los contratos con pequeños empresarios¹⁹⁰ (con independencia del tamaño de la otra parte) a un control de contenido. Según esta propuesta, las CGC a las que se adhirieran los pequeños empresarios, tenían que ser justas y razonables (*fair and reasonable*), salvo

¹⁸⁷ “Parliament has undertaken the task - and it is essentially a legislative task - of enacting such restrictions upon freedom of contract as are in its judgment necessary to relieve against the mischief” (National Westminster Bank plc v Morgan, [1985] 1 AC 686.

¹⁸⁸ Cfr. THE LAW COMMISSION, *Unfair terms...*, o.c., p. 1.

¹⁸⁹ THE LAW COMMISSION, *Unfair terms in contracts. Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965*, 2005, p. 4.

¹⁹⁰ básicamente, menos de nueve trabajadores (art. 27 de la propuesta), THE LAW COMMISSION, *Unfair terms...*, o.c., p. 170.

que fueran “transparentes” o produjeran el mismo resultado al que se llegaría aplicando la normativa aplicable en defecto de la estipulación contractual¹⁹¹. La consideración de ser justo y razonable se alcanzaba aplicando un “test”, que considera la transparencia de la cláusula y “los contenidos y efectos de la estipulación”, así como “todas las circunstancias concurrentes al tiempo en que se acordó”¹⁹².

Sin embargo, la propuesta de 2005 no prosperó y a día de hoy no se ha modificado la normativa inglesa respecto de las CGC con profesionales.

2.3. Suiza

Suiza carece de una norma que trate de las CGC entre profesionales, que se rigen por los principios generales de su derecho de obligaciones, mientras que los consumidores sí tienen, desde 2011, una protección específica mediante un control de contenido.

El caso suizo es particularmente relevante por la generalización de uso de CGC sectoriales de uso muy común en sectores como el bancario, los seguros y la construcción, en una escala que se percibe como aun mayor a la de sus vecinos cercanos, como señalaba BAUDENBACHER¹⁹³. La cercanía de los sistemas alemanes y austriaco, que son de gran influencia en otros aspectos de su derecho, hace que sus debates y experiencias sean a menudo modelo para la legislación suiza. Sin embargo, el derecho suizo parece tener aun un particular respeto por el principio de la libertad contractual tradicional como señala este mismo autor, tanto en el campo de CGC como en otros¹⁹⁴. Además, probablemente por esta ausencia de regulación, Suiza aparece en el Informe Leuschner como uno de los derechos preferidos de los empresarios alemanes como legislación a la que someter sus contratos cuando buscan evitar la aplicación de la normativa alemana de CGC.

Como en otros países, el tema se ha planteado con la introducción de normativa protectora de los consumidores. Con la modificación en 2011 de la Ley Federal contra la Competencia Desleal (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* o “BUW”) se

¹⁹¹ Artículo 11 de la propuesta (THE LAW COMMISSION, *Unfair terms...*, o.c., p. 152).

¹⁹² Artículo 14 de la propuesta (THE LAW COMMISSION, *Unfair terms...*, o.c., p. 158).

¹⁹³ BAUDENBACHER, C., “Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht“, en *AGB - eine Zwischenbilanz*, editado por C. Baudenbacher, Wissenschaftlicher Verlag, 1991, p. 20.

¹⁹⁴ BAUDENBACHER, C., “Ansätze ...“, o.c., p. 21.

introdujo un control de las CGC en los contratos entre consumidores (art. 8 BUW¹⁹⁵) mediante una cláusula general similar a la vigente en otros países (ir en contra de la buena fe y causar un desequilibrio significativo e injustificado en la posición de las partes del contrato)¹⁹⁶.

La protección de los profesionales frente a las CGC se lleva a cabo por lo tanto utilizando los principios generales del derecho de obligaciones suizo, a través de normas que se refieren a los controles de incorporación, validez y de interpretación¹⁹⁷. Estas normas son en ocasiones utilizadas por la jurisprudencia para anular CGC aludiendo a problemas formales o interpretativos, en lo que se considera como controles encubiertos de contenido (*verdeckte Inhaltskontrolle*).

De las otras formas de control encubierto de contenido, desempeña un papel fundamental la regla de las cláusulas sorprendentes (*Ungewöhnlichkeitsregel*). La consideración de una cláusula como sorprendente implica que no se incorpore válidamente al contrato. Para ello necesita que concurren dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista objetivo, la cláusula debe tener un efecto sustancial en el tipo de contrato o apartarse de las normas de derecho dispositivo, interferir en la posición jurídica global del adherente, o introducir un trato desigual entre las partes sin una justificación razonable. Desde el punto de vista subjetivo, el adherente debe ser “no experto” en el ámbito

¹⁹⁵ “Art. 8. Uso de cláusulas y condiciones abusivos. En especial, se reputa desleal quien utiliza condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe causen, en detrimento de los consumidores, un desequilibrio significativo e injustificado entre los derechos y obligaciones contractuales.” (“Art. 8. Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen. Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen”). Traducción al español en el texto propia.

¹⁹⁶ La misma ley en su versión original de 1986 contenía en su artículo inicial un principio general (art. 2 BUW) opuesto a las prácticas desleales, entendidas como tales las contrarias a la buena fe. Este hecho llevó a plantearse a un sector de la doctrina suiza si la concreción de este principio en el art. 8 BUW (pues el artículo empieza señalando “en especial, se reputa desleal...”) pudiera utilizarse como medio para aplicar el control de contenido. Para la doctrina en general, por ejemplo PROBST, la respuesta es claramente negativa a la vista de los antecedentes del proceso de preparación de la norma, que fue objeto de un compromiso claro en el sentido de permitir la protección de los consumidores exclusivamente (cfr. KRAMER, E., PROBST T., y PERRIG R., *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berna, ed. Stämpfli, 2016, p. 374).

¹⁹⁷ Cfr entre otros, respecto a esta visión general de las CGC en el derecho suizo FURRER, A. y MÜLLER-CHEN, M., *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, pp. 139 y ss; SCHWENZER, I., *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bern, Stämpfli, 1998, pp. 333 y ss.

industrial, lo que hace que no sea consciente de la existencia o efectos de la cláusula inusual. Por lo tanto, si la parte adherente es consciente del contenido de esta cláusula, esta ya no se considera sorprendente¹⁹⁸. La jurisprudencia suiza se refiere a diversos casos de este tipo de contratos entre profesionales.¹⁹⁹

Las cláusulas sorprendentes no constituyen una norma propia de derecho suizo, como tampoco los demás “controles encubiertos”, de incorporación o interpretación. Ante la ausencia de una regla de un control de contenido, los tribunales en este país, como en otros, tratan de ampliar lo máximo posible las reglas generales para dar cobertura a supuestos en que se aprecian situaciones especialmente injustas o abusivas. Aun así, como señala la doctrina, estas fórmulas tienen sus límites, ya que por ejemplo la fórmula de las cláusulas sorprendentes se puede desactivar fácilmente por el predisponente llamando la atención a la misma directamente destacando el texto²⁰⁰.

2.4. Países escandinavos

En los países escandinavos (Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia²⁰¹), la noción de contrato ha estado muy influenciada por consideraciones sociales, tanto que se puede hablar de un derecho de contratos “asistencialista” (“*maturing welfarism*”) o un

¹⁹⁸ FURRER, A., y MÜLLER-CHEN, M., *Obligationenrecht...*, o.c., p. 139.

¹⁹⁹ Para entender la aplicación de esta norma, en particular en su aspecto de los requisitos subjetivos del adherente, podemos ver uno de los supuestos más interesantes y citados, que fue objeto de la Sentencia de 1983 del Tribunal Supremo Federal Suizo en un contrato entre una empresa agrícola y un contratista al que se encargaba la construcción de una granja de pollos, incluyendo el contrato una referencia a las CGC del sector de la construcción (SIA-Norm 118). Al surgir una disputa entre el contratista y el cliente por sobrecostos (casi dos tercios del presupuesto original) que habían sido aprobados por la dirección facultativa sin conocimiento del cliente, se planteaba si la aprobación por ésta vinculaba al cliente. Esta era la regla que establecía en las CGC del contrato, que establecía que el arquitecto del cliente tenía capacidad para aprobar cambios al proyecto, y sus costes, en su nombre. Se planteó si debía entenderse esta estipulación de las condiciones ISA como sorprendente, pues el cliente pese a ser empresario, no se consideraba experto en temas de construcción. El Tribunal Supremo suizo concluyó considerando la cláusula contenida en las CGC como sorprendente para el cliente (además de poco clara). Cfr. BGE 109 II 452 S. 453 (6 de diciembre de 1983 i.S. Adolf Forster AG contra Hanspeter Krattiger), disponible en http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F109-II-452%3Ade

²⁰⁰ BAUDENBACHER, C., “Ansätze ...”, o.c., pp. 37 y 38.

²⁰¹ Como explica GOKSOR, existe en estos países una tradición de compartir experiencias sobre el tratamiento de las cuestiones jurídicas de forma más o menos formal, lo que explica que, en diversos ámbitos incluido el del derecho de contratos y en concreto la materia de las CGC, exista un tratamiento muy similar en todos ellos. (GOKSOR, R., “Jurisprudence on Protection of Weaker Parties in European Contracts Law from a Swedish and Nordic Perspective” en *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, Vol. 6, 2006, p.186).

derecho de contratos “social”²⁰². En Suecia, el art. 36 de la Ley de Contratos sueca, introducido por una reforma de 1976²⁰³, incluye una cláusula general de control del contenido de los contratos:

“Una estipulación contractual puede ser objeto de ajustes o considerada ineficaz si la estipulación no está justificada respecto al contenido del contrato, las circunstancias concurrentes en la conclusión del contrato, acciones posteriores u otras circunstancias. Si la estipulación es de tal entidad que no puede aplicarse en sus cláusulas originales, el contrato puede igualmente ajustarse en otros aspectos o considerarse ineficaz en su totalidad.

Con respecto a la aplicación del primer párrafo, se prestará especial atención a la necesidad de protección de los consumidores y otras personas que estén en una situación de inferioridad en la relación contractual”²⁰⁴

No se trata de una norma aplicable exclusivamente a las CGC sino que se aplica igualmente a los contratos individualmente negociados, y tanto en la contratación entre empresarios como con consumidores. Como señala BERNITZ, sin embargo, el objeto principal de la regulación en su día eran los contratos bajo CGC con consumidores²⁰⁵.

El artículo 36 de la Ley de Contratos sueca contiene una prohibición general de estipulaciones que “no estén justificadas” (“*unreasonable*”, según las traducciones inglesas disponibles). La consecuencia es tanto la posibilidad de ineficacia de la estipulación correspondiente como su modificación por los tribunales. En esta labor, se debe tener en cuenta no sólo el contenido del contrato sino las circunstancias concurrentes, incluyendo,

²⁰² WILHELMSSON, T “The unfair contract terms directive and the Nordic contract model” en *Unfair terms directive. Five Years on*, Brussels, 2000, Office for official publications of the European Communities, p. 24.

²⁰³ La situación en los demás países escandinavos (Dinamarca, introducida en 1975, Noruega y Finlandia, éstas últimas en 1983) es la misma, con pequeñas variantes a la sueca. Como señala WILHELMSSON nos encontramos con cinco sistemas legales, pero un único paradigma contractual donde la mayoría de las reglas y los valores son los mismos” (WILHELMSSON, T “The unfair ...”, o.c. p. 26). GOKSOR nos ilustra sobre algunas diferencias en mayor detalle (Cfr. GOKSOR, Rasmus, “Jurisprudence ...”, o.c., pp. 196-197).

²⁰⁴ “A contract term may be adjusted or held unenforceable if the term is unreasonable with respect to the contract’s content, circumstances at the formation of the contract, subsequent events, or other circumstances. If the term is of such significance that it shall otherwise be unenforceable in accordance with its original terms, the contract may also be adjusted in other respects or held unenforceable in its entirety. With respect to the application of the first paragraph, special consideration shall be given to the need for the protection of consumers and others who assume an inferior position in the contract relationship.” Traducción al español en el texto propia de la versión inglesa condenida en (WILHELMSSON, T “The unfair ...”, o.c. p. 26).

²⁰⁵ BERNITZ, U., “Swedish competition and consumer law” en *International Harmonization of Competition Laws*, editado por C.J. Cheng, L.S. Liu y C-K., Wang, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, p. 181.

según su párrafo segundo, “la necesidad de protección de aquellos que están en una situación de inferioridad de poder negociador en la relación contractual, tanto consumidores como otras personas”.

Frente a los temores expresados en los trabajos preparatorios (de gran importancia en el derecho escandinavo) sobre los posibles efectos adversos que la introducción de esta norma podía tener sobre la seguridad jurídica, la cláusula general parece haber sido usada con poca frecuencia en las relaciones entre profesionales y siempre con mucho cuidado²⁰⁶. El área en que parece que ha tenido más relevancia es el tratamiento de los pequeños empresarios, que al ser considerados como parte en situación de inferioridad suelen recibir una mayor atención por parte de la jurisprudencia, y ese poder ha sido utilizado por los tribunales suecos para “ajustar” el contrato para que sea razonable²⁰⁷.

Al igual que ocurrió en otros países, la necesidad de trasponer la directiva 93/13 creó la ocasión para plantearse una ampliación del régimen de protección, pero de forma expresa el legislador sueco decidió no hacer más modificaciones a su derecho contractual estándar. Con el objeto de hacer los menores cambios posibles, como señala BERNITZ²⁰⁸, se optó por trasponer la Directiva 93/13, y otras directivas relativas a los consumidores, mediante una modificación únicamente de su normativa de consumidores .

2.5. Bélgica

Hasta los recientes cambios de mayo de 2019²⁰⁹, Bélgica no regulaba de forma

²⁰⁶ Según las conclusiones CLAES-ROBERT VON POST en una obra monográfica sobre el tema (en sueco) de la cual existe un resumen publicado en inglés: VON POST, C-R., *Studies concerning section 36 of the Swedish Contracts Act focusing on purely commercial relations*, Jure Förlag, Estocolmo, 1999 (el resumen inglés está disponible en www.juridicum.su.se).

²⁰⁷ Cfr. BERNITZ, U., *European Law in Sweden: its implementation and role in market and consumer law*, Stockholm, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2002, p. 234, citado por GOKSOR, Rasmus, “Jurisprudence...”, o.c. p. 28.

²⁰⁸ Cfr. BERNITZ, U., “Swedish Standard Contracts Law and The EC Directive” en *Scandinavian Studies in Law*, vol. 39, 2000, p.24.

²⁰⁹ Se trata de la “Ley de modificación del Código de derecho económico en lo concerniente a la dependencia económica, las cláusulas abusivas y las prácticas de mercado desleales entre empresarios (*Loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises*), de 4 de abril de 2019. Esta norma, además de la extensión del control de abusividad de las cláusulas a los contratos entre empresarios a una nueva redacción del Libro IV del Código de derecho económico, que contiene las normas sustantivas y procesales del Derecho belga de la competencia, así como la introducción de una prohibición de abuso de posición de dependencia económica, que busca extender la normativa relativa al abuso de posición dominante absoluto o de mercado a abuso de una posición dominante relativa (esto es, en un contexto individual), así como el reforzamiento de algunas prácticas desleales entre empresas.

general el contenido de los contratos entre profesionales, en particular las cláusulas abusivas. En esa fecha se produjo una modificación al Código de derecho económico que incluyó diversas modificaciones en el conjunto de las relaciones empresariales de las que el control de las cláusulas contractuales constituye un elemento más, si bien para algunos autores el relativo a las cláusulas abusivas es el cambio de mayor calado introducido por la nueva normativa²¹⁰.

Las nuevas normas incorporan al derecho belga el concepto de cláusula abusiva en los contratos entre profesionales (ya existía con el mismo ámbito para la contratación con consumidores). Así el nuevo texto legal del Art. VI.91/3 del Código de derecho económico establece:

“Art. VI.91/3. § 1er. A los efectos de la aplicación del presente título, se considera abusiva toda cláusula de un contrato concluido entre empresas si, por sí sola o combinada con otra u otras cláusulas, crea un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes.

§ 2. El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los productos que constituyen el objeto del contrato y se referirán, al momento de conclusión de un contrato, a todas las circunstancias que rodean su conclusión, a la economía general del contrato, a los usos comerciales que se apliquen, así como a las otras cláusulas del contrato o de otro contrato del que dependa.

Para la apreciación del carácter abusivo se tendrá igualmente en cuenta la exigencia de claridad y de comprensión prevista por el artículo VI.91/2, 1er.

La apreciación del carácter abusivo no podrá recaer sobre la definición del objeto principal del contrato ni sobre la adecuación entre el precio o remuneración, de una parte, y los productos a suministrar por la otra parte, en la medida en que dichas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.”²¹¹

Se trata pues de un principio general aplicable a cualquier estipulación contractual,

²¹⁰ DEWISPELAERE, J. y BINET, C. "Belgium: New Rules in B2B Relationships Seek to Reinforce Competition and to Balance Unequal Bargaining Power", en *CoRe*, 2019, vol. 3, no. 3, pp. 294-297.

²¹¹ “Art. VI.91/3. § 1er. Pour l’application du présent titre, toute clause d’un contrat conclu entre entreprises est abusive lors que, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. § 2. Le caractère abusif d’une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des produits qui font l’objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, à l’économie générale du contrat, aux usages commerciaux qui s’appliquent, de même qu’à toutes les autres clauses du contrat, ou d’un autre contrat dont il dépend. Pour l’appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l’exigence de clarté et de compréhension visée à l’article VI.91/2, alinéa 1er. L’appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation entre le prix ou la rémunération, d’une part, et les produits à fournir en contrepartie, d’autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.”

que no requiere que estemos ante CGC, ni siquiera contratos no negociados.

Junto con este principio general la nueva legislación belga introduce una lista de cláusulas negras (prohibidas, en cualquier caso) y otra “gris” (que se presumen abusivas salvo prueba en contrario). Entre las cláusulas de la lista negra (Art. VI.91/4)²¹², prohibidas, en cualquier caso, están fundamentalmente aquellas que conceden facultades unilaterales y exclusivas una parte frente a la otra, tales como vinculación irrevocable de la otra parte, facultades unilaterales de interpretación, etc. Las cláusulas de la lista gris (Art. VI.91/5)²¹³, más extensa, incluyen también facultades unilaterales de una parte como modificar sin causa válida el precio u objeto del contrato (apartado 1), u otras relativas a la distribución de riesgos contractuales, tales como el desplazamiento de riesgos contractuales a la otra parte sin contrapartida (apartado 3) o la exclusión de derechos legales de la otra parte (apartado 4), etc.

Las consecuencias de la consideración de una cláusula como abusiva es que se considera “prohibida y nula”, manteniéndose la exigibilidad del resto del contrato, si este puede subsistir sin las cláusulas consideradas nulas (art. VI.91/6.)²¹⁴. Como parece derivarse de los trabajos preparatorios, en el caso de los contratos entre profesionales los tribunales

²¹² “Art. VI.91/4. Sont abusives, les clauses qui ont pour objet de : 1° prévoir un engagement irrévocable de l’autre partie, alors que l’exécution des prestations de l’entreprise est soumise à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté; 2° conférer à l’entreprise le droit unilatéral d’interpréter une quelconque clause du contrat; 3° en cas de conflit, faire renoncer l’autre partie à tout moyen de recours contre l’entreprise; 4° constater de manière irréfragable la connaissance ou l’adhésion de l’autre partie à des clauses dont elle n’a pas eu, effectivement, l’occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat.”

²¹³ “Art. VI.91/5. Sont présumées abusives sauf preuve contraire, les clauses qui ont pour objet de : 1° autoriser l’entreprise à modifier unilatéralement sans raison valable le prix, les caractéristiques ou les conditions du contrat; 2° proroger ou renouveler tacitement un contrat à durée déterminée sans spécification d’un délai raisonnable de résiliation; 3° placer, sans contrepartie, le risque économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l’autre entreprise ou à une autre partie au contrat; 4° exclure ou limiter de façon inappropriée les droits légaux d’une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d’exécution défectueuse par l’autre entreprise d’une de ses obligations contractuelles; 5° sans préjudice de l’article 1184 du Code civil, engager les parties sans spécification d’un délai raisonnable de résiliation; 6° libérer l’entreprise de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute grave ou de celle de ses préposés ou, sauf en cas de force majeure, du fait de toute inexécution des engagements essentiels qui font l’objet du contrat; 7° limiter les moyens de preuve que l’autre partie peut utiliser; 8° fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d’inexécution ou de retard dans l’exécution des obligations de l’autre partie qui dépassent manifestement l’étendue du préjudice susceptible d’être subi par l’entreprise.”

²¹⁴ “Art. VI.91/6. Toute clause abusive est interdite et nulle. Le contrat reste contraignant pour les parties s’il peut subsister sans les clauses abusives.”

podrían revisar sus contenidos en lugar de simplemente anularlos²¹⁵ (aunque en el texto mismo esto no se manifieste).

Pero este contexto es muy relevante en el tema que nos ocupa de las CGC, y luego abordaremos precisamente el tratamiento no contractual de los problemas suscitados por las CGC, en particular a través del derecho de la competencia. Por ejemplo, los autores que han tratado la reforma belga ponen como ejemplo preferente de ámbito de ampliación de las nuevas normas relativas al abuso de posición dominante la interacción entre el sector agroalimentario y el de la distribución comercial. Este es uno de los ámbitos en que hemos visto y veremos en este trabajo que con más frecuencia se cita como campo de uso problemático de las CGC. En este sentido, algunos de los distribuidores comerciales pueden tener posiciones de dominio respecto a muchos de sus suministradores, productores del sector comercial, que pueden permitir prácticas que ocasionan serias sospechas de ser anticompetitivas. En este contexto, como vemos la ley belga ataca lo que parece ser tanto la causa del problema en este sector, los posibles abusos generados por una posición de dependencia económica, como una de las vías en que éste se manifiesta, la imposición de condiciones abusivas, que en gran cantidad de ocasiones se contendrán mediante CGC²¹⁶.

3. Tratamiento mediante una singularización parcial de la regulación de las CGC

En una segunda categoría hemos agrupado a países que mencionan expresamente las CGC como categoría jurídica que es merecedora de un tratamiento específico (más allá de controles puntuales para materias concretas). Pero este tratamiento es lo que se denomina “incompleto” por aplicarse solo algunos controles (generalmente de incorporación o interpretación). También incluimos aquí aquellos países cuya normativa de CGC solo se aplica a una parte de los empresarios o contratos, excluyendo de dichos controles una parte importante de la contratación entre profesionales.

Los hemos agrupado en una misma categoría porque comparten dos elementos fundamentales. En primer lugar, estos países buscan singularizar las CGC como una fórmula de determinación del contenido contractual que plantea problemas propios o que requieren normas especiales que no se deben aplicar a la generalidad de los contratos que no incorporen

²¹⁵ DEWISPELAERE, J. y BINET, C., "Belgium...", o.c., pp. 296-297

²¹⁶ DEWISPELAERE, J. y BINET, C., "Belgium...", o.c. pp. 294-295

CGC. En segundo lugar también comparten una gran prudencia, o reticencia, a extender el control de contenido de forma generalizada a la contratación entre profesionales. Las razones para esta reticencia, no siempre explicitadas, parecen estar en el temor a que un control más completo o intenso puede tener consecuencias negativas para el tráfico empresarial. Todos estos países tienen una normativa de protección de los consumidores amplia que sí realiza un control de contenido, por lo que además este tratamiento parece buscar establecer claramente una distinción a este respecto entre los consumidores y los profesionales adherentes. Se enfatiza así la posición del profesional y sus deberes.

3.1. Italia

Italia fue precursora en la regulación de las CGC cuando en su Código Civil de 1942 introdujo la primera regulación de la materia en sus artículos 1341 y 1342. Estos artículos constituyen aun el marco por el que se rigen los contratos entre profesionales con CGC, mientras que para los consumidores se han establecido reglas especiales en los artículos 1469 *bis* a 1469 *sexies* del Código Civil italiano²¹⁷.

Los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano distinguen entre dos formas de expresión de las CGC y determinados controles de incorporación, sin establecer un control de contenido:

" Artículo 1341. Condiciones generales del contrato.—Las condiciones generales del contrato predisuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro si en el momento de la celebración del contrato éste las ha conocido o las habría debido conocer de acuerdo con la diligencia media.

En todo caso, si no han sido específicamente aprobadas por escrito carecerán de eficacia las condiciones que establezcan, a favor de aquel que las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultad de resolver el contrato, o de suspender la ejecución o bien establecen en perjuicio del consumidor caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas

²¹⁷ La necesidad de trasposición de la Directiva 93/13 llevó a la inclusión de la normativa de consumidores en el Código Civil italiano, mediante un capítulo especial (XIV bis) titulado “De los contratos de los consumidores” que finalizaba la regulación del contrato en general en el Código Civil italiano, y que abarcaba sus art. 1469 *bis* a 1469 *sexies*. Tal reforma ocasionó, según ALPA, al menos en 2001, una creación doctrinal impresionante, en contraste con una jurisprudencia modesta y una adaptación espontánea por los predisponentes marginal (Cfr.ALPA, G., “Clauses abusives et contrats de consommateurs. L'expérience en Italie” en *Revue internationale de droit comparé*, vol 53-2, 2001 p. 408.). Los artículos. 1469 *bis* a 1469 *sexies* del *Codice Civile* respecto a los consumidores sin embargo fueron sustituidos posteriormente por una norma separada, el Código de Consumo, aprobado por el Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, n. 206.

compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial.

Artículo 1342. Contratos celebrados mediante módulos o formularios.— En los contratos celebrados mediante la suscripción de módulos o formularios, predispuestos para regular de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al módulo o al formulario prevalecerán sobre las del módulo o formulario cuando resulten incompatibles con aquéllas, incluso si estas últimas no han sido tachadas.

Asimismo serán de aplicación las disposiciones del párrafo segundo del artículo anterior. También se aplicarán a las mismas la disposición del segundo párrafo del artículo anterior.”²¹⁸

Son normas que tratan de la incorporación genérica de las CGC, incluyendo las cuestiones de transparencia²¹⁹. Además del principio general de conocimiento previo, aplicable a todas las CGC, la norma establece en su segundo párrafo la necesidad de aprobación expresa para determinadas cláusulas. No hay por lo tanto un control de contenido, como ha señalado claramente la doctrina italiana²²⁰, que también es unánime en lo inoperante en la práctica del art. 1341 del Código Civil italiano.

Desde el punto de vista del tratamiento legislativo de las CGC en Italia, los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano tratan una serie de temas de interés, no siempre abordadas por otros legisladores y que pueden plantear cuestiones interesantes y problemas en la aplicación de las CGC. En particular nos parece relevante la mención a la presunción de conocimiento (como alternativa al conocimiento real) como requisito de incorporación, y por lo tanto vinculación del adherente a las CGC. Este constituye, en palabras de CENDON, un “residuo” de la autonomía de la voluntad²²¹. Se trata de una consideración subjetiva importante porque la falta de conocimiento de las CGC puede ser también resultado de la falta de diligencia del adherente que no se preocupa en conocerlas, usando de la “diligencia ordinaria”. Se subraya así de forma expresa el principio de diligencia de los contratantes en el proceso de determinación del contenido contractual, esto es el deber de informarse de acuerdo con el estándar mínimo de la diligencia debida. Este supuesto entra sin embargo

²¹⁸ Traducción de PORTELLANO DIEZ, P. en “Anexo normativo” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 625.

²¹⁹ Cfr. PATTI, F.P., “Unfair Terms Control in Business-to-Business Contracts” en *The Italian Law Journal*, Vol. 05 – No. 02, 2019, p. 592.

²²⁰ Cfr. Entre otros, ALPA, G., *Manuale di Diritto Privato*. 4.th ed. Padova: Cedam, 2005. p. 127; GORLA, G., “Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law” en *American Journal of Comparative Law*, 1962, Vol. 3, p. 4., y PATTI, F.P., “Unfair...”, o.c., p. 611.

²²¹ CENDON, P., *Commentario al Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 678.

dentro de la visión clásica de la voluntad contractual, pues solamente lo que se conocía (de manera real o potencial) antes o durante la celebración del contrato puede incorporarse al mismo. No se trataba pues de introducir una nueva visión del contrato con CGC, como luego sí que haría la normativa alemana, sino explicitar para las CGC principios clásicos de la autonomía de la voluntad y de la teoría clásica del contrato.

El párrafo segundo, el listado de cláusulas que requieren de aprobación expresa, trata de las denominadas por la doctrina como cláusulas abusivas (*clausole vessatorie*), es decir, aquellas cláusulas que son particularmente gravosas para la otra parte. Esto muestra ya un avance sobre la teoría clásica, pues denota que en determinados casos no se puede confiar en un consentimiento genérico. Para estos supuestos hay que buscar un *plus* de atención del adherente, para asegurarse que la voluntad contractual respecto a dichas cláusulas es más detallado. Así lo ha entendido, la abundante jurisprudencia relativa a ese requisito de aprobación separada, que requiere que esa aprobación lo sea de tal manera que se llame suficientemente la atención del adherente sobre las cláusulas que supongan una desventaja, y no de forma genérica o incluida entre otras previsiones²²².

Por otro lado, en cuanto a la práctica de los tribunales respecto a las CGC fuera de las previsiones de los artículos 1341 y 1342 del Código Civil italiano, hay que hacer notar otros algunos aspectos destacables.

El primer punto a señalar es la revisión de la diferencia en el tratamiento de los pequeños empresarios y profesionales respecto al de los consumidores por el Tribunal Constitucional italiano, supuesto poco común y que merece por lo tanto cierta atención. Un tribunal italiano de instancia planteó la posible inconstitucionalidad del art. 1469 bis del Código Civil italiano, que definía al consumidor como persona física que actuara fuera del marco de una actividad empresarial o profesional, por ser contrario al principio de igualdad previsto en el art. 3 de la Constitución de la República Italiana. El Tribunal Constitucional italiano declaró que esta distinción entre consumidor y profesional no era irracional y correspondía a una decisión de política legislativa, por lo que considera que tal distinción está justificada:

“La preferencia por dar una protección particular a quienes actúan de modo ocasional, intermitente y no profesionalmente, no es irrazonable cuando se considera

²²² PATTI, F.P., “Unfair...”, o.c., p. 594.

que el objetivo de la norma es proteger a aquellos sujetos que, según el principio “*id quod plerumque accidit*”, presumiblemente carecen de la competencia necesaria para negociar; de lo que sigue la consecuencia lógica de la exclusión de la disciplina analizada de categorías de sujetos – como los de profesionales, pequeños empresarios, artesanos – que, precisamente por su actividad habitual, tienen el conocimiento adecuado para negociar en igualdad de condiciones.

Una elección diferente presupondría lógicamente que el pequeño empresario y el artesano, así como el profesional, serán siempre sujetos débiles incluso cuando negocian con ánimo de lucro de acuerdo con la actividad empresarial o artesanal que llevan a cabo; ello sería contrario al espíritu de la directiva y a la normativa que la desarrolla;²²³

En segundo lugar podemos destacar la búsqueda por los tribunales italianos, de fórmulas de control del contenido. El art. 1441 parece interpretarse de forma extensiva cuando es posible, en particular del requisito del consentimiento expreso a determinados pactos contractuales, pero se rechaza sin embargo una aplicación analógica a otros supuestos²²⁴. Así pues los tribunales han buscado aplicar otros principios generales del derecho en contratos con CGC. Esta posición lleva incluso a algún autor como PATTI a hablar de un control indirecto mediante principios como la buena fe y abuso de derecho, la necesidad de protección de intereses (*meritovolezza*) o la aplicación de la teoría de la causa²²⁵.

Por último, otra fórmula utilizada por los tribunales para controlar las CGC en determinados supuestos, lo hace partiendo de la normativa relativa a la prohibición de abuso de la posición de dependencia económica, prevista en el artículo de la Ley No 192 de 1998 de Disciplina de subcontratación en las actividades de producción. Este artículo establece una prohibición de abuso de la dependencia económica y la nulidad de las estipulaciones

²²³ “La preferenza nell’accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l’*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell’esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l’attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità.

Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che il piccolo imprenditore e l’artigiano, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell’attività imprenditoriale o artigianale da esse svolta; il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva e delle conseguente norme di attuazione.” Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano de 22 de noviembre de 2002, nº 469, Fundamento jurídico 2.1., *in fine*. Traducción al español en el texto propia.

²²⁴ PATTI, F.P., “Unfair...”, o.c., p. 583.

²²⁵ PATTI, F.P., “Unfair...”, o.c., p. 599.

contractuales en que se concrete el abuso ²²⁶. Aunque en principio se trata de una norma limitada a la subcontratación en relación con las actividades de producción, según FABBIO podría considerarse una cláusula general aplicable también a contratos que no implican la subcontratación de actividades de producción²²⁷. Se habría introducido así una fórmula de aplicación general de control del contenido de los contratos entre profesionales, como señala este autor²²⁸. Así lo habrían entendido al menos parcialmente los tribunales, sin bien este autor aun señala una cierta disparidad de criterios entre tribunales al respecto. Sin embargo, la norma en este caso no presta atención a la forma de inclusión de la estipulación en el contrato (pues se aplica igualmente a las cláusulas negociadas), sino a la causa última que permite introducirla, una situación de desequilibrio para el adherente que no tiene alternativas razonables.

3.2. Otros países: Polonia y República Checa

Como elemento de comparación, vamos a considerar dos países cercanos a Alemania que suelen tener muy en cuenta su normativa como modelo: Polonia y República Checa. Ambos países sin embargo, han preferido no introducir controles de contenido respecto a las CGC pese a haber llevado a cabo recientes modificaciones en la materia del tratamiento de CGC para implementar la Directiva 93/13.

Polonia somete las CGC entre profesionales únicamente a controles de incorporación y de interpretación. Las CGC están reguladas en los artículos 384 a 386 del Código Civil polaco de 1964. En la versión original de ese año se trataba la cuestión, si bien entonces el termino usado era más bien “reglamentos” y tenía un sentido muy distinto al actual en una

²²⁶ " 9. Abuso de dependencia económica. 1. Queda prohibido el abuso por parte de una o más empresas de la situación de dependencia económica en la que se encuentre [...] un cliente o una empresa proveedora. Se considera dependencia económica la situación en la que una empresa es capaz de imponer, en sus relaciones comerciales con otra empresa, un desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones. La dependencia económica se valorará teniendo en cuenta la posibilidad real de que la parte que sufra el abuso encuentre alternativas satisfactorias en el mercado. 2. El abuso también puede consistir en la negativa a vender o negarse a comprar, la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias, y la terminación arbitraria de las relaciones comerciales en vigor. 3. El pacto a través del cual se concreta el abuso de la dependencia económica es nulo." Ley de 18 de junio de 1998, n. 192 de Disciplina de subcontratación en actividades de producción ("*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*"). Traducción al español en el texto propia.

²²⁷ FABBIO, P., “Osservazioni sull’ambito d’applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese” en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, Vol I, p. 903-904.

²²⁸ FABBIO, P., “Osservazioni...”, o.c., p. 907.

economía socialista. Las soluciones hoy vigentes fueron introducidas fundamentalmente en 2000, con motivo de la implementación de la Directiva 93/13, corrigiendo lo que se percibía que era una anterior regulación defectuosa de las CGC²²⁹.

El Código Civil polaco contiene normas de aplicación general, tanto para consumidores como para profesionales, que incluyen controles de incorporación (artículos 384 y 384¹ del Código Civil Polaco), así como normas de interpretación y transparencia (artículo 385 del mismo texto). Por su parte, en el artículo 384⁴ del Código Civil Polaco se regula una norma propia de las CGC entre profesionales, las batallas de formularios. Por otra parte, entre estas normas se intercalan las relativas a la protección de los consumidores en sus artículos 385¹ (cláusula general) 385² (circunstancias para tener en cuenta en aplicación de la cláusula general) y 385³ (lista de cláusulas prohibidas con consumidores).

La República Checa es otro país con una normativa de CGC que, tratando expresamente las CGC, no incluye un control de contenido. El Código Civil de la República Checa de 2012, trata de las CGC en sus artículos 1751, 1752 y 1753, regulando únicamente controles de incorporación e interpretación. Igualmente se abordan dos aspectos aplicables a la contratación entre profesionales, la batalla de formularios y las cláusulas sorprendentes. Respecto a las cláusulas sorprendentes, el art. 1753 del Código Civil checo requiere aceptación expresa y separada, norma imperativa que no se puede derogar por las mismas CGC. El carácter de cláusula sorpresiva se determina no solo por el contenido sino por la forma.

3.3. España

3.3.1. Resumen de la situación española

Tratar nuestro sistema en unos pocos párrafos o páginas no resulta sencillo. El primer propósito de las siguientes líneas es, como hemos hecho en el resto de los sistemas jurídicos, hacer un repaso sobre la forma de tratamiento de las CGC entre profesionales a nivel general. El segundo es poner nuestra normativa en su contexto comparado. La Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante “LCGC”) comparte los rasgos principales de la singularización parcial y ausencia de control de contenido a las CGC

²²⁹ GNIEWEK, E., “Kodeks cywilny. Komentarz” [Código Civil. Comentario], Varsovia, Ed. C.H.Beck, 2006, p. 832.

entre profesionales a la que nos estamos refiriendo en este epígrafe 3.

Las críticas vertidas sobre la LCGC corresponden a la falta de acomodo a las expectativas que provocaba la existencia de un texto específico sobre CGC con su pobre contenido material, además del tratamiento mismo de estos aspectos. La regulación mediante un texto separado, una ley de CGC, es el primer aspecto a destacar y una distinción sobre otros sistemas de singularización parcial. La principal crítica a la LCGC, de las muchas que se le formulan, es que pese a tener un amplio ámbito subjetivo, que incluye a los consumidores y a los adherentes profesionales, no establece un control del contenido de las CGC en el tráfico con éstos últimos²³⁰. Con esta opción del legislador se le quitaba a la LCGC gran parte de su razón de ser. Como señala MIQUEL GONZALEZ “el artículo 8 sí cumple una misión: hacer inútil la LCGC al privarla de un propio control de contenido que era lo mínimo que se podía esperar de una ley de condiciones generales” concluyendo de manera gráfica “lo que es inútil es la Ley”²³¹.

Respecto a los controles a los que se someten las CGC, la LCGC incluye controles de incorporación (arts. 5 y 7) y reglas de interpretación (art. 6). En su redacción original, no se establecía en ninguno de estos aspectos diferencias o matizaciones entre el adherente consumidor y el profesional (como ahora sí se da en el art. 5.5 respecto a la transparencia, como luego veremos). No solo no había diferente tratamiento, sino tampoco referencias a las peculiaridades de la contratación entre profesionales, bien de tipo formal, como consideraciones a las prácticas habituales en el tráfico, o por regular supuestos típicos de la contratación entre profesionales (batallas de formularios, cadenas de contratos, etc.).

La incorporación requiere la inclusión material de las CGC en el texto del contrato, donde se requiere su referencia expresa y entrega o puesta a disposición material y previa a la celebración del contrato. La LCGC no incluye más especialidades que las relativas a los contratos que no se celebran por escrito, al contrario que otros países que sí tienen en cuenta las peculiaridades de la contratación mercantil. La consecuencia de la falta de cumplimiento de estos requisitos, así como la ausencia de “oportunidad real de conocer [las CGC] de manera completa al tiempo de la celebración del contrato” determina la no incorporación de

²³⁰ Para un panorama global de las críticas casi unánimes a este respecto puede verse, a modo de resumen, entre otros, CUESTA RUTE, J. M., *Contratos Mercantiles*, Barcelona, 2009, pp. 56 y ss.

²³¹ MIQUEL GONZALEZ, J. M., “Comentario al artículo 8”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* dirigida por A. Menéndez y L. Díez-Picazo, Madrid, 2002, pp. 428-482.

las CGC al contrato, del que simplemente no forman parte.

Algo más compleja es la situación de los requisitos de incorporación respecto a su redacción, pues si bien se requiere que la redacción de las CGC “deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” (art. 5.5 LCGC), solo se excluye expresamente su incorporación en caso de “sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” (art. 7.b LCGC).

Mención aparte merece el tema de la transparencia. Si bien dicho criterio parece que se predica de todas las CGC, incluidas las suscritas por profesionales, el legislador de 2019²³² matizó en el art. 5.5 LCGC *in fine* que “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Se daba así rango legal la postura adoptada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 junio de 2016²³³, donde decidió que el control de transparencia estaba reservado a la contratación con consumidores, sin posibilidad de extenderlo a los profesionales adherentes.

Pero probablemente el tema más controvertido y peculiar de nuestra LCGC sea la inexistencia real de controles de contenido, generando con esa carencia una decepción generalizada ²³⁴. En la doctrina parecía existir cierto desconcierto acerca del auténtico sentido del art. 8.1 (en lectura con el 8.2) LCGC, dándose tres posibles líneas interpretativas:

- a) El art. 8.1., tiene como finalidad última negar la existencia de controles de contenido en la contratación con profesionales, esto es excluir el control, al cerrar una posible laguna legal y evitar el recurso a la analogía. (así MIQUEL CONZALEZ²³⁵);
- b) El art. 8.1. no regula el control del contenido de las CGC entre profesionales, pero tampoco los prohíbe, y por lo tanto el régimen de las CGC no se ve

²³² Disposición final 4.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

²³³ STS (Sala de lo Civil) de 3 junio de 2016 (JUR 2016\128769).

²³⁴ Así R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO habla de “desconcierto y frustración” (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentarios...”, o.c., p. 268).

²³⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Comentario al art. 8”, o.c., p. 454.

modificado por la LCGC (así ALFARO AGUILA-REAL²³⁶);

- c) El artículo 8.2. se limita a “marcar la diferencia en la no-aplicación a los contratos entre profesionales de la lista de cláusulas abusivas recogida en la nueva disposición adicional primera LCGDCU”, ya que “carece de todo sentido entender que la ley renuncia (o incluso rechaza) a un control de contenido (...) a través de la nulidad de las condiciones generales abusivas”. Se trataría solamente de destacar un caso de condiciones generales “abusivas”, pero no a limitarla a ellas, y por lo tanto no excluye considerar abusivas las CGC en los contratos entre profesionales (así R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO²³⁷).

Por nuestra parte, y pese a los posibles defectos técnicos del legislador, nos parece que es clara la intención de no someter a control de contenido específico las CGC entre profesionales. Así se desprende de la literalidad del precepto: el art. 8.1. se refiere única y exclusivamente a las normas imperativas o prohibitivas (no habiendo en la LCGC ningún precepto en este sentido), cortando cualquier posible interpretación doctrinal del valor del derecho dispositivo, como luego veremos. El art. 8.2., por su parte, se limita a circunscribir su aplicación a la concurrencia de un consumidor. Además, el contraste entre sus antecedentes y la tramitación parlamentaria refuerzan el sentido de la decisión del legislador.

Después de 1998, y pese a diversas modificaciones en la LCGC de carácter técnico el panorama no ha sufrido cambios. De hecho en su modificación más reciente relativa a la inclusión en la LCGC de una referencia expresa a los controles de transparencia, en el actual artículo 5.5. LCGC, se hace una exclusión expresa de la aplicación de este control respecto a los profesionales²³⁸. Esta modificación refuerza la exclusión de vías indirectas de control a las CGC entre profesionales y cierra la posibilidad de un cambio de postura de la

²³⁶ “El régimen jurídico actual de las condiciones generales empeladas frente a un empresario no se ve modificado en absoluto por la promulgación de esta ley” (ALFARO AGUILA-REAL, J, “El Proyecto...”, o.c., p. 871).

²³⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentarios...”, o.c., p. 268. Sin embargo, parece acabar reconociendo que todas las construcciones con base en el art. 8 LCGC son insuficientes para justificar dichos controles, siendo necesario acudir a los artículos 1255 y 7.1 del Código Civil para encontrar un fundamento al control del contenido

²³⁸ El artículo 5.5 LCGC en su redacción actual, que prevé ese control ya reconocido por el Tribunal Supremo, fue establecido por la disposición final 4.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

jurisprudencia.

3.3.2. *Otras normas distintas de la LCGC*

Aunque el legislador no consideró pertinente establecer un principio general de control para las CGC, sí parece estar dispuesto a considerar su aplicación a supuestos específicos. Así se aplican controles de contenido a CGC en determinados tipos de contratos o cláusulas.

El ejemplo tradicional más claro era, ya con anterioridad a la LCGC, el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que establecía que las CGC “en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados”.

Con posterioridad a la LCGC hay que destacar al art. 54.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, que como excepción al principio dispositivo del fuero establece que “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”²³⁹.

En otros casos la consideración se ha hecho con poco éxito, por ejemplo la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuyo Artículo 9. 2, al referirse al convenio arbitral establece que “si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato”. Como puede observarse, frente a la claridad del legislador de la LEC 2000, el de la Ley de Arbitraje no parece aportar ninguna novedad, ya que confía en el legislador de la LCGC, olvidando que éste no ha establecido una normativa al respecto más que para los consumidores. Este artículo 9.2. tiene poca virtualidad, salvo reconocer, a efectos de su aplicación práctica, la superioridad del criterio de ley especial que tendría la LCGC frente a la ley general de la Ley de Arbitraje, a los efectos de evitar que pudiera entenderse desplazados los principios (o entre profesionales, la falta de ellos) de la LCGC.

Mención aparte merece la Ley 3/2004, de 19 de diciembre, por la que se establecen

²³⁹ Hay que lamentar la falta de precisión del legislador. ¿quiere decir el legislador de la LEC 2000, como parece deducirse del texto legal, que una cláusula de sumisión a fuero que ha sido negociada individualmente no es válida si está contenida en un contrato que contenga CGC impuestas por una de las partes, aunque precisamente la cláusula de sumisión a fuero no haya sido una de ellas? No parece lógica esta respuesta, puesto que el hecho que el resto del contrato tenga o no CGC no debería afectar a la voluntad de someterse a un fuero determinado, si ésta ha sido negociada y aceptada individualmente.

medidas de lucha contra la morosidad de las operaciones comerciales (LMOC), con el fin de trasponer la Directiva 2000/35 que luego veremos en más detalle, cuyo artículo 9.3 establece que “3. Serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1”. El art.9.1., LMOC que es el que contiene el verdadero ámbito de aplicación se refiere a “las cláusulas pactadas entre las partes (en su versión original) o a “una cláusula contractual o una práctica” (en su versión actual), luego el art. 9.3. LMOC es en realidad redundante pues, toda CGC es, previamente tanto una “cláusula pactada” o “cláusula contractual”. En realidad el sentido del art. 9.3. LMOC puede estar más relacionado con unir el 9.1. LMOC con las acciones colectivas de cesación y de retractación en la utilización de las condiciones generales previstas en el art. 9.4. LMOC.

Finalmente, la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, regula en su art. 41.3, la nulidad de las cláusulas sobre demora por remisión a la Ley 3/2004, rechazando expresamente en su párrafo segundo “el pacto en contrario cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto sólo puede mostrar su aceptación o rechazo global”.

3.3.3. *Jurisprudencia española*

A raíz de la insatisfactoria solución de los controles de contenido de la LCGC, la doctrina aventuró la posibilidad de que nuestros tribunales buscaran aplicar dichos controles indirectamente mediante una aplicación analógica de la LCDCU²⁴⁰, o que se desarrollaran con fuerza expansiva los principios generales de los artículos 7.1 y 1258 CC, aunque como reconoce MIQUEL GONZALEZ “esto sería un desarrollo del precepto en clara contradicción con la torpe, pero clara, decisión de la LCGC”²⁴¹. También se pensó que continuara haciéndose un control encubierto del contenido mediante un uso amplio de la norma de interpretación²⁴² como se había venido produciendo hasta ese momento

CAMARA LAPUENTE²⁴³ ha estudiado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (las

²⁴⁰ Cfr. MARIN LOPEZ, J.J. “El ámbito de ampliación...”, o.c., p. 161-162.

²⁴¹ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8.”, o.c., p. 450.

²⁴² MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8.”, o.c., p. 450.

²⁴³ CÁMARA LAPUENTE, S., “Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios, en “*Standardisierte Verträge- zwischen Privatautonomie und*

Audiencias Provinciales pueden tomar decisiones a veces muy distintas) y ha llegado a la conclusión de que éstas se han atendido estrictamente a la legalidad en lo que respecta a contratos entre profesionales, rechazando la interpretación analógica o extensiva de la normativa de consumidores. Incluso cuando el Tribunal Supremo introdujo en su sentencia de STS 9 de mayo de 2013 el concepto de transparencia material (no formal), el mismo Alto Tribunal decidió igualmente que este control no era aplicable a los profesionales (STS, de 3 de junio de 2016 [Roj 367/2016]).

Cerradas estas vías, la jurisprudencia menor de las audiencias provinciales se centró en explorar otras posibilidades para aplicar un control de contenido que condujera a la nulidad de ciertas cláusulas. Una de las más frecuentes fue la relativa a las posiciones cercanas a los consumidores (contratos de doble finalidad, dudas sobre el uso profesional del préstamo, fiadores no profesionales, actos de consumo empresarial, etc.). En todas ellas hay un buen número de resoluciones en que los tribunales fueron aceptando en algunos casos, y en otros rechazando, la equiparación. Es verdad que en ocasiones, como señala el mismo autor, no hay demasiada argumentación sobre el carácter de consumidor, tratando como tal a sociedades mercantiles.

También se ha explotado la puerta que abre la Exposición de Motivos de la LCGC con sus referencias a las nociones de “buena fe” y “desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones”. Bien sin refrendo legal de artículos concretos o bien ligándolo con los arts. 7 CC (ejercicio de derechos de buena fe y abuso de derecho), 1255 (límite del orden público), 1256 (prohibición de dejar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes) y 1258 (los contratos obligan a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe) diversas decisiones han ido buscando fórmulas para controlar el contenido de las CGC entre profesionales.

En conclusión para CAMARA LAPUENTE

“tanto legislativa como jurisprudencialmente el control de contenido de los contratos entre empresarios con los parámetros propios del control de abusividad está muy limitado en derecho español. El recurso a la aplicación analógica o extensiva de las normas protectoras de los consumidores no parece fundado (no es una laguna, sino una decisión legislativa), por lo que sería preciso un cambio legislativo si se considera que el déficit del consentimiento contractual propio de los contratos de

rechtlicher Kontrolle” editado por J. Kindl, P. Perales Viscasillas y T. Arroyo Vendrell, ed. Nomos, 2017, p., pp. 195-236

adhesión es similar cuando el adherente es un consumidor o un empresario. En este escenario, no acaba de verse la razón de ser de limitar esa nueva eventual protección sólo a pequeños empresarios. Mientras tanto, cabe vaticinar un desarrollo amplio pero incierto del recurso al principio de buena fe y a las normas del Código civil en la jurisprudencia inminente.”²⁴⁴

Será en este punto de evolución jurisprudencial donde nos detendremos, pues se está produciendo una jurisprudencia en torno a “abuso de posición contractual de dominio que luego veremos.

3.4. Holanda

El tratamiento de las CGC en Holanda ofrece aspectos de singular interés, pues el Código Civil neerlandés (*Burgerlijk Wetboek*, en adelante “BW”) realiza una regulación muy detallada de la materia de CGC tras la profunda revisión de su derecho civil efectuada en 1992.

Aunque establece controles de contenido para los contratos con profesionales, estas se matizan por excluir de su aplicación a un gran número de adherentes profesionales, lo que hace que sus efectos prácticos se limiten a la protección de los empresarios individuales o pequeños empresarios. Por lo tanto, la gran mayoría de las CGC entre profesionales se van a regir por los principios generales de derecho de contratos, más allá de algunos principios generales sobre la inclusión de CGC y ciertas normas especiales relativas a las cadenas de contratos.

A fin de contextualizar el tratamiento de las CGC en derecho holandés, es bueno destacar algunas peculiaridades de su contexto legal y de práctica.

En primer lugar debemos señalar que el uso de CGC está ampliamente extendido, y hay un gran número de CGC sectoriales en multitud de sectores y prácticas, generalmente inscritas en registros judiciales o en las cámaras de comercio. Se trata de una situación análoga a otros países de Europa central (Alemania, Suiza, Austria). La inscripción en la Cámara de Comercio, sigue un procedimiento sencillo, y se trata simplemente de un depósito de las CGC, sin ninguna función verificadora por parte de la Cámara de Comercio²⁴⁵.

²⁴⁴ CÁMARA LAPUENTE, S., “Experiencias...”, o.c., p. 236

²⁴⁵ Puede consultarse al respecto la información que la misma Cámara de Comercio holandesa pone a disposición del público y de los empresarios (<https://www.kvk.nl/english/filing/filing-general-terms-and-conditions/>) con las ventajas de depositar las CGC, describiendo el procedimiento.

En segundo lugar, pese a que las CGC no se regularon como tales hasta 1992, los tribunales holandeses habían tratado la materia mucho tiempo antes, existiendo decisiones judiciales que singularizaban los contratos de adhesión y con CGC desde los años 20 y 30²⁴⁶. El BW incorporó algunos de estos desarrollos jurisprudenciales, pero no otros, como el de las cláusulas sorprendentes, ya que se consideraba que los controles de contenido daban respuesta a las necesidades que planteaban estas cláusulas.

En tercer lugar, hay que señalar que la regulación las CGC actualmente vigente en Holanda se debe entender en el contexto de una profunda reforma en el derecho civil holandés tras un largo proceso que culminó en 1992. Algunas de las líneas maestras de esta reforma son la relevancia del concepto de buena fe (entendido como razonabilidad y equidad), una mayor equidad en la relación entre las partes, el amplio ámbito de discrecionalidad por parte de los tribunales, la protección a la parte débil. etc. La relación de equidad está presente desde el principio del Libro VI, de las obligaciones, que comienza estableciendo como un principio de comportamiento general de las partes la necesidad de comportarse acuerdo con los principios de “razonabilidad y equidad” (Art. 6:2.1 del BW).²⁴⁷. Además, en ese ámbito de discrecionalidad del juez se le permite optar por soluciones intermedias, especialmente en lo relativo a la nulidad de las estipulaciones contractuales²⁴⁸, donde el juez puede a petición de las partes, en lugar de anular un contrato anulable, “modificar sus efectos a fin de evitar la pérdida para la parte perjudicada (art. 6:230.2 BW). Como señala DIAZ ALABART “el legislador holandés ha buscado con estas normas flexibles mantener la función del contrato (instrumento de cambio y adquisición de bienes y servicios) en un mundo en el que la gran mayoría de las relaciones contractuales se establecen a través de contratos de adhesión y en el que, con cierta frecuencia se producen modificaciones importantes en las circunstancias existentes en el momento de la celebración

²⁴⁶ HONDIOUS, E.H. “Standard contracts and adhesion contracts according to Dutch law”, en Actas del 8 Congreso internacional de Derecho Comparado, Pescara, 1970, disponible en [file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/hondius_70_standard_contracts_dutch_law%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/hondius_70_standard_contracts_dutch_law%20(9).pdf), pp. 102-103

²⁴⁷ Cfr. HIJMA, J. y ZWITSER, R., “Aspectos de derecho patrimonial general en el nuevo código civil holandés.” en *Revista De Derecho Privado*, 1997, Nº 5, pp. 362-378 y REIGERSBERG VERSLUYS, J. G., *Derecho patrimonial neerlandés*. Málaga, 1996.

²⁴⁸ Es precisamente en el tema de CGC y en el principio de buena fe donde el nuevo Código Civil Holandés muestra una mayor influencia del derecho alemán, como señala HARTKAMP, A “*Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands*”, Roma, 1992.

del contrato”²⁴⁹.

Respecto a las CGC el BW, incluye normas específicas sobre la incorporación (art. 6:232 y 6:233. (b), 6:234 y 6:235 del BW), controles de contenido (6:233 (a), y 6:235 BW), acciones colectivas (6:240 a 6:243 y 6:246) y normas propias de derecho internacional privado respecto al uso de CGC (art. 6:247). La normativa holandesa regula igualmente los controles de interpretación, como la regla *contra proferentem* (6:238.2 in fine). Existen además otras normas aplicables relativas a las batallas de formularios (6:225(3)), que consagra la norma de prevalencia de las CGC iniciales, con matices²⁵⁰. De todos estos aspectos nos vamos a centrar en la definición de las CGC, en las normas especiales de incorporación, el control de contenido, y las cadenas de CGC reguladas en el 6:244 BW.

Las CGC se definen de una manera muy genérica, donde los únicos requisitos son los de pre-redacción y generalidad en el uso, como “una o varias cláusulas elaboradas para ser incluidas en una serie de acuerdos, con excepción de las CGC que indiquen el núcleo de la ejecución, siempre que estas últimas estén formuladas de manera clara y comprensible” (Art. 6:231.a) BW).

Respecto a los controles de incorporación a las CGC, las normas de derecho neerlandés son bastante abiertas con carácter general y facilitan mucho su incorporación. El art. 6:232 BW confirma la vinculación a las CGC aunque el predisponente sepa que el adherente no ha leído las CGC. Esta facilidad de incorporación se compensa con un control posterior a la incorporación que permite anular las CGC si no se ha dado una oportunidad razonable al adherente para familiarizarse con las mismas, de forma análoga y con el mismo ámbito subjetivo que el control de contenido. La voluntad de incorporación de CGC genera asimismo unos deberes de información hacia el adherente profesional de dar “a la otra parte una oportunidad razonable para tomar nota de las CGC”, cuyo incumplimiento puede conllevar la anulabilidad de las CGC (art. 6:433.b) BW. Estos deberes se concretan en el art. 6:434 BW, que requieren bien la entrega física de las CGC, de forma general, o ciertas formulas

²⁴⁹ DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 548

²⁵⁰ El BW regula la lucha de formularios en su art. 6:225(3), donde establece: "Where offer and acceptance refer to different general conditions, the second reference is without effect, unless it explicitly rejects the applicability of the general conditions as indicated in the first reference. Traducción de REIGERSBERG VERSLUYS (REIGERSBERG VERSLUYS, J. G., *Derecho patrimonial neerlandés. Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del Nuevo Código Civil*, Málaga, 1996). Todas las traducciones del BW, salvo la que luego se indicará, son de este autor.

sustitutivas según las peculiaridades de las CGC (estar registradas ante los tribunales o cámaras de comercio, y ponerse a disposición del adherente de forma inmediata si así lo pide) o de los medios de la contratación (contratación electrónica, con una puesta a disposición que permita al adherente guardar una copia de estas) ²⁵¹.

Respecto a los controles de contenido, el art. 6:233 BW concede al juez la facultad de anular dichas estipulaciones si son “irrazonablemente onerosas”²⁵². Es relevante sin embargo que este principio general se formula de una manera abierta, estableciendo en el mismo texto las circunstancias que tienen que considerarse a la hora de decidir si una cláusula es anulable por ser irrazonablemente onerosa. Se trata de condiciones también bastante abiertas, con algunos ejemplos al respecto²⁵³:

- (a) la naturaleza y contenido del contrato, como por ejemplo el precio que se paga por un contrato. Si este es bajo, puede ser justificación para una cláusula gravosa;
- (b) la forma en que se han introducido en el contrato las CGC aplicables, por ejemplo, si se han introducido de forma absolutamente unilateral, o en cambio ha habido cierta negociación o interacción al respecto (por ejemplo, batallas de formularios);
- (c) los intereses de cada parte aparentes a la otra, por ejemplo, si una parte ha incluido una CGC en el contexto de contratos encadenados, ya que el predisponente tenía esa misma obligación frente a su contraparte; o
- (d) las demás circunstancias del caso, como la cláusula de cierre que permite

²⁵¹ ALBIEZ DORHMANN califica estas normas de controles de transparencia (ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección...*, o.c., p. 33), lo que parece natural si estamos hablando de permitir el conocimiento. Sin embargo, en el contexto de la normativa holandesa este conocimiento parece más un mero formalismo y parece una capacidad de acceder, pues se soluciona con la entrega física de las CGC, por lo que parece más un control agravado de inclusión que de transparencia.

²⁵² Por su interés (no he encontrado una versión castellana) y porque luego pondré como ejemplo a seguir el régimen holandés, transcribo alguno de los párrafos más interesantes (traducción de Juan Espinosa Baviera, no publicada). El art. 6: 233 BW reza: “Una estipulación de las condiciones generales puede ser anulable: a) si, teniendo en cuenta la naturaleza y el resto del contenido del contrato, la manera en la que las condiciones han sido estipuladas, los intereses aparentes de las partes, así como el resto de circunstancias de la situación, son irrazonablemente onerosas para la contraparte; o b) si el predisponente no ha ofrecido a la contraparte una posibilidad razonable para tomar conocimiento de las condiciones generales.”.

²⁵³ Los ejemplos son de BRUGGEMAN, E.M., CHAO-DUIVIS, M.A.B., KONING, A.Z.R., *A practical guide to Dutch building contracts*, IBR, 2008, pp. 14-15.

incluir cualesquiera otras circunstancias, incluidas las posteriores a la firma del contrato.

Todos estos principios de protección tienen importantes limitaciones entre profesionales. Así el art. 6:235.1 BW excluye a las medianas y grandes empresas de la posibilidad de pedir la nulidad de las CGC:

- “1. Los motivos de anulabilidad recogidos en los artículos 233 y 234 no podrán ser invocados por
- a) una persona jurídica de las recogidas en el artículo 360²⁵⁴ del Libro 2, que en el momento de celebración del contrato ha publicado recientemente sus cuentas anuales, o que en dicho momento le ha sido recientemente aplicado el artículo 403²⁵⁵, párrafo 1, del Libro 2;
 - b) una parte a la que no le sea de aplicación lo dispuesto en la letra a. anterior, si en el citado momento, cuenta con cincuenta o más trabajadores, o en dicho momento, de un certificado conforme a la *Handelsregisterwet 1996* (Ley del Registro Mercantil de 1996) se desprende que cuenta con cincuenta o más trabajadores.

Como se puede ver, la exclusión es amplísima, ya que se puede excluir a la práctica totalidad de los empresarios societarios, con independencia de su tamaño y capacidad real de negociar un contrato o de conocer su contenido. LOOS señala que esta exclusión es objeto de crítica casi unánime por la doctrina holandesa, rechazándose el argumento de que las empresas de mayor tamaño no necesitan protección y que los criterios usados son excesivamente arbitrarios²⁵⁶

El segundo supuesto de exclusión de los controles prevista en el art. 6:235.3 BW se refiere a las partes que usan las mismos o similares CGC que se pretenden anular.

- “3. *Los motivos de anulabilidad recogidos en los artículos 233 y 234 no podrán ser invocados por la parte que repetidamente predispone las mismas o similares condiciones generales en sus contratos.*”

²⁵⁴ Este artículo 360 hace mención a las *coöperatie* (cooperativas), las *onderlinge waarborgmaatschappij* (sociedades de garantía recíproca), las *naamloze vennootschap* (sociedades anónimas), las *besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* (sociedades de responsabilidad limitada), los bancos regulados en el artículo 415, las *commanditaire vennootschap* (sociedades comanditarias) y las sociedades bajo firma en las que todos los socios tienen responsabilidad universal por deudas frente a los acreedores y según derecho extranjero son sociedades capitalistas.

²⁵⁵ Este artículo 403.1 hace mención a personas jurídicas pertenecientes a un grupo que no necesitarán elaborar sus cuentas anuales de conformidad.

²⁵⁶ Cfr. LOOS M., “Art. 70–71: Incorporation and Making Available of Standard Contract Terms” en *Contents and Effects of Contracts-Lessons to learn from the Common European Sales Law*, editado por A Colombi Ciacchi, Springer, Cham 2016 vol 7, p. 200.

La explicación es que no merece protección frente a CGC, quién conoce, utiliza e impone las mismas condiciones a terceros. No se trata de una utilización ocasional sino que tiene que ser una utilización regular, por ejemplo, si se usan ciertas CGC en una cadena de contratos para traspasar el riesgo a un subcontratista, no se excluye la protección si este traslado es ocasional. Se busca evitar que la protección se extienda a adherentes (recuérdese, siempre de pequeño tamaño) que no muestran un comportamiento respecto a las CGC que los haga merecedores de la especial protección que supone la posibilidad de anulabilidad de las CGC.

El tercer supuesto de no aplicación de los controles se refiere a la posibilidad de que las partes acuerden excluir la aplicación de esta norma en contratos con un elemento internacional. Esta decisión tiene que ver con la práctica comercial holandesa, que es especialmente internacional. En los contratos entre partes holandesas, las normas sobre CGC son imperativas y no pueden ser excluidas. Sin embargo, en supuestos con partes de otros países, da una mayor flexibilidad para evitar esta huida del derecho holandés. Esta norma, igualmente ha recibido por parte de la doctrina holandesa comentarios negativos, por considerar que si bien el principio tiene cierta justificación, y es necesario en esos contratos una mayor flexibilidad, una exclusión completa de controles no estaría justificada²⁵⁷.

Así pues, en el ámbito holandés la mayor parte de las CGC entre profesionales carecen de protección específica bajo las normas en ella previstas (en particular los controles de inclusión reforzados y el control de contenido de los artículos 6:233 y 6:234 BW), y solamente parecen beneficiarse de estos controles los empresarios individuales y una parte pequeña de los empresarios con forma societaria. A la mayoría de los profesionales, se aplican únicamente las reglas especiales de las CGC, relativas a los principios generales de inclusión, que tienen el efecto de facilitar mucho la inclusión de las CGC.

La falta de controles específicos en estos casos puede compensarse con la existencia de un principio general de buena fe relativo a todos los contratos, tanto los concluidos mediante CGC como los individualmente negociados. El art. 6:248 BW establece un principio de buena fe, expresada como “los estándares de razonabilidad y equidad”, que actúa como verdadero límite objetivo a la libertad contractual de las partes bajo el art. 6:248.2 BW. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo holandés considera que

²⁵⁷ Cfr. LOOS M. “Art. 70–71...”, o.c., p. 201.

este limite debe aplicarse de manera restrictiva, en particular en los casos en los que la contraparte sea un gran empresario en el sentido del art. 6:235.1 BW²⁵⁸.

El último aspecto a destacar de la normativa holandesa es la previsión de una norma expresa sobre las cadenas de contratos y de los problemas que estos pueden plantear, especialmente si al final de la cadena se encuentra un consumidor, lo que cambia las reglas de juego. El art. 6:244 BW regula el supuesto en que dentro de la cadena de contratos, uno de los eslabones se vea en una situación asimétrica por no poder trasladar los riesgos de las CGC al eslabón siguiente por aplicación de las restricciones legales (tanto el principio general como las listas negras y grises aplicables solo a los consumidores). En ese supuesto, quien esté más arriba en la cadena de contratos no podrá hacer valer frente al profesional una CGC similar a la que no sea aceptable con el último eslabón de la cadena.

3.5. Australia

La normativa australiana sobre CGC regula las usadas entre profesionales, si bien limitando su intervención a los contratos suscritos por lo que denomina “*small businesses*” (pequeños negocios). Se trata de un control de mayor intensidad, con controles de contenido, pero de menor extensión, ya que los contratos bajo CGC de lo que no son pequeños negocios carecen de ningún tipo de regulación específica. Podríamos decir que se trata más de una norma de protección personal, a una clase de contratantes que de un tipo de estipulaciones contractuales concretas. Al menos el factor personal constituye un elemento esencial, ya que se trata de extender a los pequeños empresarios determinadas normas de protección del derecho de consumo, en cuya normativa se incluye la que revisaremos.

La legislación reguladora se encuentra recogida en la Ley de Competencia y de Protección del Consumidor de 2010 (*Competition and Consumer Act 2010*), y más concretamente en la Parte 2, Ley Australiana de Protección del Consumidor (*Schedule 2—The Australian Consumer Law* o “ACL”) en virtud de la aprobación en 2015 de una norma específica, la Ley de los Pequeños Negocios y las Estipulaciones Contractuales Injustas de 2015 (*Treasury Legislation Amendment (Small Business and Unfair Contract Terms) Act 2015*). Tras dos años de vigencia de la ley, en 2018 se inició un proceso para la posible revisión de la protección otorgada por dicha ley, que, de momento, no parece haber dado

²⁵⁸ Cfr. LOOS M. “Art. 70–71...”, o.c., p. 201.

lugar a una modificación legal.

La motivación de la norma, según la Memoria Explicativa que la acompañaba era:

"promover la equidad en las relaciones contractuales con las pequeñas empresas con respecto a los contratos bajo condiciones generales. Esto reducirá el perjuicio de las pequeñas empresas y tendrá un impacto positivo en la economía en general al aumentar la certidumbre y la confianza de las pequeñas empresas, con una asignación más eficiente del riesgo. Las pequeñas empresas, al tratar con otras empresas a través de contratos bajo condiciones generales, deben sentirse seguras de que el contrato que se les ofrecen es justo y razonable y que los riesgos se asignan de manera eficiente".²⁵⁹

La normativa australiana es relevante en varios aspectos: la definición de lo que es un pequeño empresario, la definición de lo que entiende por CGC (*standard terms*) y por estipulaciones contractuales abusivas. Por último veremos la aplicación práctica de la normativa, con el papel particularmente activo que ha adoptado la autoridad encargada de la competencia australiana en su puesta en marcha.

Respecto a lo que se entiende por “pequeños empresarios” se establece en los artículos 23.4 y 23.5 ACL:

“23. Condiciones abusivas de los contratos de consumo y de los contratos en los que participan pequeñas empresas.

[...]

(4) Un contrato es un contrato con un pequeño empresario si:

- (a) el contrato es relativo al suministro de bienes o servicios, o de venta o concesión de un interés en un inmueble; y
- (b) en el momento de la celebración del contrato, al menos una de las partes del contrato es una empresa que emplea a menos de 20 personas; y
- (c) se aplica una de las siguientes condiciones:
 - (i) el precio inicial a pagar en virtud del contrato no excede de \$ 300,000 [aprox. 180.000 €];
 - (ii) el contrato tiene una duración de más de 12 meses y el precio inicial pagadero bajo el contrato no excede de \$ 1,000,000 [aprox. 600.500 €].

(5) Al contabilizar a las personas empleadas por una empresa a los efectos del apartado 4, letra b), no se computará a los trabajadores ocasionales a menos que

²⁵⁹ “to promote fairness in contractual dealings with small businesses with regard to standard form contracts. This will reduce small business detriment and have positive impacts on the broader economy by increasing small business certainty and confidence, and providing for a more efficient allocation of risk. Small businesses, in dealing with other businesses through standard form contracts, should have confidence that the contract they are offered is fair and reasonable and that the risks are allocated efficiently”. GOBIERNO DE AUSTRALIA, “Review ..., o.c., p. 2.

sean empleados por la empresa de forma regular y sistemática”²⁶⁰.

Como vemos, se requiere que se cumplan tanto un elemento subjetivo en una de las partes, como otros objetivos del contrato (tipo de contrato e importe de este). Ambos tienen que cumplirse para que podamos plantear el aplicar controles de contenido. Según los trabajos preparativos de la reforma que introdujo este límite se incluían el 95 % por los empresarios del país que representaban el 46 % del producto interior bruto australiano en ese momento²⁶¹, lo que suponía un ámbito de aplicación potencial muy relevante en cuanto al número de personas afectadas. La utilización del número de empleados es una fórmula para distinguir las empresas de un cierto tamaño, si bien no deja de ser problemática y fue objeto de críticas en el proceso de revisión de la norma en 2018. El temor es que puede permitir a extender la protección de pequeños empresarios a empresas que en realidad no lo son, sino que organizan la contratación de trabajadores de otra manera (subcontratación) o que no son intensivas en mano de obra pero sí en capital.

El requisito objetivo de importe mínimo de los contratos pretende, en palabras del mismo legislador, evitar comportamientos oportunistas o contrarios al deber de diligencia debida en transacciones de alto valor, como se discutió en el proceso legislativo de 2014²⁶². Se busca desincentivar que una empresa confíe en la protección que le ofrece la normativa protectora, sin intentar la negociación o valorar las implicaciones que estas estipulaciones tendrían. En contra de este criterio se ha señalado en los procesos consultivos la posibilidad de manipulación de los contratos, mediante la acumulación de contratos o pedidos, etc. para evitar la aplicación de la norma. Sin embargo, estos temores de 2014 no parecen haberse cumplido, según concluyen los proponentes de la revisión de 2018²⁶³. El establecimiento de

²⁶⁰ “23. *Unfair terms of consumer contracts and small business contract*: [...]”

(4) *A contract is a small business contract if: (a) the contract is for a supply of goods or services, or a sale or grant of an interest in land; and (b) at the time the contract is entered into, at least one party to the contract is a business that employs fewer than 20 persons; and (c) either of the following applies: (i) the upfront price payable under the contract does not exceed \$300,000; (ii) the contract has a duration of more than 12 months and the upfront price payable under the contract does not exceed \$1,000,000.*

(5) *In counting the persons employed by a business for the purposes of paragraph (4)(b), a casual employee is not to be counted unless he or she is employed by the business on a regular and systematic basis.”*

²⁶¹ GOBIERNO DE AUSTRALIA, “Extending ...”, o.c., p. 41.

²⁶² GOBIERNO DE AUSTRALIA, “Review...”, o.c., p. 8.

²⁶³ GOBIERNO DE AUSTRALIA, “Review...”, o.c., p. 8.

un importe mínimo relativamente alto implica no solo destacar el riesgo moral, sino, especialmente, el argumento respecto a los costes de operación. Si el importe del contrato es suficientemente alto puede parecer razonable y justificado invertir tiempo y recursos en la revisión de las cláusulas contenidas en las CGC.

Como a continuación veremos, entre los criterios que el tribunal necesariamente ha de considerar para decidir si estamos o no ante un CGC, y por lo tanto si es posible hablar de abusividad, se requiere que se valoren otros elementos que permiten considerar si nos encontramos realmente ante un caso de imposición o no. Respecto a las CGC, la definición de lo que se entiende por un contrato bajo CGC se contiene en el artículo 27 de la ACL²⁶⁴:

“27. Contratos bajo condiciones generales

- (1) Si una parte en un procedimiento alega que un contrato es un contrato bajo condiciones generales, se le tendrá por tal a menos que otra parte en el procedimiento demuestre lo contrario.
- (2) Para determinar si un contrato es un contrato bajo CGC, el tribunal podrá tener en cuenta los elementos que considere pertinentes, pero debe tener en cuenta al menos los siguientes:
 - (a) si una de las partes tiene la totalidad o la mayor parte del poder de negociación respecto a la transacción;
 - (b) si el contrato fue preparado por una de las partes antes de que se produjera un debate relacionado con la transacción entre las partes;
 - (c) si la parte estaba obligada, en efecto, a aceptar o rechazar las cláusulas del contrato (distintas de las cláusulas mencionadas en el artículo 26(1)) [los que se refieren a los elementos esenciales del contrato, precio y plazo si este resulta relevante] en la forma en que se presentaron;
 - (d) si se dio a la otra parte una oportunidad efectiva de negociar unas condiciones del contrato que no fueran las condiciones mencionadas en el artículo 26(1);
 - (e) si las condiciones del contrato (distintas de las condiciones mencionadas en el artículo 26, apartado 1) tienen en cuenta las características específicas de la otra parte o de la operación en particular;
 - (f) cualquier otro elemento previsto legalmente.”²⁶⁵

²⁶⁴ Se aplica la norma a todos los contratos, con algunas exclusiones por razón de la materia (artículo 28 de la ACL, tales como los contratos de constitución de sociedades, ciertos contratos de derecho marítimo, y otros regulados por una normativa especial propia.

²⁶⁵ “27. *Standard form contracts.*

(1) *If a party to a proceeding alleges that a contract is a standard form contract, it is presumed to be a standard form contract unless another party to the proceeding proves otherwise.*

Como vemos se trata pues de una definición en principio bastante abierta que concede al tribunal la facultad de valorar todo aquello que considere conveniente. Algunos elementos se deben considerar en cualquier caso en el análisis, entre los que destacan la redacción previa (apartado c), imposición (apartados c) y d)) y su correlato de posición de superioridad en el proceso negocial (apartado a)).

El tercer elemento relevante en la normativa australiana es cómo se define lo que es una cláusula “abusiva”, para lo que se utiliza un principio general (art. 24 ACL) y un listado de cláusulas, a modo de ejemplo, que se consideran abusivas (art. 25 ACL):

“Artículo 24. Significado de abusivo.

- (1) Una cláusula de contrato de consumo o de un contrato de pequeña empresa es abusiva si:
 - (a) Produce un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes bajo el contrato; y
 - (b) no es razonablemente necesario para proteger los intereses legítimos de la parte que se vería favorecida por el término; y
 - (c) su aplicación causa un perjuicio (ya sea financiero o de otro tipo) a una parte.
- (2) Al determinar si una cláusula de un contrato es abusiva en virtud de la subsección (1), el tribunal podrá tener en cuenta las cuestiones que considere pertinentes, pero debe tener en cuenta al menos las siguientes:
 - (a) la medida en que la cláusula es transparente;
 - (b) el contrato en su conjunto.
- (3) Una cláusula es transparente si la estipulación:
 - (a) está expresada en un lenguaje razonablemente sencillo; y
 - (b) es legible; y
 - (c) se presenta claramente; y

(2) In determining whether a contract is a standard form contract, a court may take into account such matters as it thinks relevant, but must take into account the following: (a) whether one of the parties has all or most of the bargaining power relating to the transaction; (b) whether the contract was prepared by one party before any discussion relating to the transaction occurred between the parties; (c) whether another party was, in effect, required either to accept or reject the terms of the contract (other than the terms referred to in section 26(1)) in the form in which they were presented; (d) whether another party was given an effective opportunity to negotiate the terms of the contract that were not the terms referred to in section 26(1); (e) whether the terms of the contract (other than the terms referred to in section 26(1)) take into account the specific characteristics of another party or the particular transaction; (f) any other matter prescribed by the regulations.” Redacción según el texto consolidado de la ACL ofrecido por el Gobierno Federal Australiano en https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00079/Html/Volume_3#_Toc32223193. Traducción al español en el texto propia.

- (d) es inteligible de forma inmediata a cualquier parte afectada por la cláusula.
- (4) A los efectos de la subsección (1)b), se presume que una estipulación contractual no es razonablemente necesaria para proteger los intereses legítimos de la parte que sería beneficiada por dicha cláusula, a menos que esa parte demuestre lo contrario.”²⁶⁶

Se requiere que sea una estipulación perjudicial para el adherente, y que ese perjuicio se derive de un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes que no esté razonablemente justificado. La carga de la prueba de la existencia de una justificación razonable recae en el predisponente que se beneficia de la misma. Pero junto a esta definición general, se concede a los jueces un amplio margen de maniobra para considerar las circunstancias que llevan a esa abusividad, partiendo de dos principios interpretativos básicos: que las estipulaciones deben de interpretarse juntamente con el resto del contrato (los demás derechos y obligaciones, circunstancias como el precio, etc.) y la transparencia o no de la estipulación.

Por otro lado el art. 25 ACL ofrece ejemplos de cláusulas abusivas, que tratan en general de principios bastante generales respecto al cumplimiento del contrato, la responsabilidad, la modificación de elementos contractuales, o su resolución y terminación (en especial si son solo a favor de una de las partes), etc.

Finalmente, una de las peculiaridades del sistema australiano es que la ampliación del régimen de protección de los consumidores frente a las CGC a los pequeños empresarios, no se ha quedado únicamente en la protección legal, sino que las autoridades competentes han tomado un papel activo en hacer efectiva esa protección. La Comisión Australiana de la Competencia y los Consumidores (*Australian Competition and Consumer Commission*) ha realizado estudios en distintos sectores que tratan de la presencia de CGC potencialmente

²⁶⁶ “*Meaning of unfair (1) A term of a consumer contract or small business contract is unfair if: (a) it would cause a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract; and (b) it is not reasonably necessary in order to protect the legitimate interests of the party who would be advantaged by the term; and (c) it would cause detriment (whether financial or otherwise) to a party if it were to be applied or relied on. (2) In determining whether a term of a contract is unfair under subsection (1), a court may take into account such matters as it thinks relevant, but must take into account the following (a) the extent to which the term is transparent; (b) the contract as a whole. (3) A term is transparent if the term is (a) expressed in reasonably plain language; and (b) legible; and (c) presented clearly; and (d) readily available to any party affected by the term. (4) For the purposes of subsection (1)(b), a term of a contract is presumed not to be reasonably necessary in order to protect the legitimate interests of the party who would be advantaged by the term, unless that party proves otherwise.*”. Traducción al español en el texto propia.

abusivas²⁶⁷ y ha iniciado además diversas acciones, tanto formativas como preventivas que han llevado a modificaciones voluntarias en sus CGC. En otras ocasiones la misma Comisión Australiana de la Competencia y los Consumidores ha llevado a grandes empresas ante los tribunales para declarar abusivas y modificar las CGC en sus contratos con pequeños empresarios²⁶⁸. Esta actuación es coherente con el carácter protector de clase al que antes nos referíamos, y no tanto de fórmula de determinación del contenido contractual mediante CGC.

La relevancia de estas actuaciones es que son pocos los casos en los que son las autoridades quienes buscan hacer realidad el control de contenido. Dados los intereses y complejas relaciones que se dan entre los profesionales, estos en muchas ocasiones no van a hacer valer sus derechos salvo en aquellos casos más flagrantes o en casos de relaciones de más corto plazo en que al adherente empresario no puede tomar represalias. En relaciones estables o de largo plazo, en particular en situaciones de dependencia, los riesgos para un adherente de perder el contrato, bien por su resolución o no renovación hacen que los adherentes prefieran no hacer valer el carácter abusivo de las cláusulas en cuestión

No se trata, según la información disponible de campañas masivas, a diferencia de lo que ocurre en la contratación entre consumidores²⁶⁹. El inicio de acciones de carácter generalizado que afectan a un buen número de contratos permite que los afectados se beneficien de la protección, reduciendo los temores de consecuencias adversas.

Esta opción nos recuerda de que, pese a que los contratos son una cuestión privada entre partes, precisamente en el ámbito de CGC estamos ante un fenómeno de carácter social que haría que las autoridades, y en particular determinados reguladores (de la competencia en los mercados, financieros o bancarios) deberían tener un papel más activo respecto a la prevención del uso de cláusulas abusivas, en particular con los adherentes profesionales de

²⁶⁷ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, *Unfair terms in small business contracts - industry report*, 2016.

²⁶⁸ Así al menos lo señala la misma ACCC en una nota de prensa del 13 de noviembre de 2016. (<https://www.accc.gov.au/media-release/small-business-unfair-contract-terms-in-focus>), donde se incluye una lista las empresas que han modificado sus CGC y da más información sobre diversas acciones que han iniciado también en el área de la difusión de la información.

²⁶⁹ Los datos proporcionados por la ACCC de los contratos afectados por sus acciones judiciales oscilan entre los 19 y los 250 (<https://www.accc.gov.au/media-release/small-business-unfair-contract-terms-in-focus>).

menor tamaño.

4. Tratamiento específico mediante singularización amplia de las CGC.

Por último, existe una serie de países en que el legislador ha considerado que las CGC constituyen una cuestión específica a tratar para todos los contratos entre profesionales con CGC, acordando asimismo un mayor grado de intervención, en particular respecto a los contenidos mismos de dichas cláusulas.

Entre ellos encontramos países como Alemania, Austria, Portugal y, de forma más reciente Francia. Sin poder abordar la regulación de todos los países nos vamos a centrar en Alemania y los otros dos que, por su cercanía a nuestro régimen jurídico y económico, Portugal y Francia, resultan más interesantes.

4.1. Alemania

La legislación de Alemania, la AGBG ya citada anteriormente, marcó la normativa pionera de las CGC, por la amplitud de su tratamiento de la cuestión²⁷⁰, o como la define, entre otros, ALBIEZ DOHRMAN es “el modelo codificador de las CGC por excelencia”²⁷¹. La regulación alemana, así como su jurisprudencia y doctrina asociada han tenido un fuerte impacto en la doctrina española, y su normativa se ha expuesto y explicado entre nosotros profusamente. Repetir aquí las explicaciones y tratamiento de la cuestión sería excesivamente largo y tal vez innecesario, ya que todos estos aspectos son ampliamente conocidos y han sido tratados en detalle (véase entre otros muchos, los trabajos de GARCIA AMIGO, ALFARO AGUILA-REAL, ALBIEZ DOHRMAN).

Hay sin embargo que recordar unos aspectos mínimos que son necesarios para entender nuestra propia legislación y algunas posturas de la doctrina. Vamos a dedicar un espacio también a considerar algunos supuestos de aplicación problemática que se debaten actualmente en Alemania. Este último aspecto, por ser más reciente, ha tenido en nuestra doctrina y puede tener mayor interés, pues nos ofrece igualmente una consideración de los problemas que pueden surgir en el ámbito entre profesionales si se aplica un control de

²⁷⁰ Entre otros muchos comentarios, creemos que el que mejor resume es el de SÁNCHEZ ANDRÉS, que la califica de “la experiencia probablemente más lograda, desde el punto de vista técnico, que hasta el momento [1980] nos ofrece el derecho comparado”, aunque luego lo califica como “algo rígido” (SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “El control...”, o.c., p. 417).

²⁷¹ ALBIEZ DOHRMAN, K., *La protección ...*, o.c., p. 107.

contenido intenso.

4.1.1. Origen y orientaciones de la normativa alemana

La ABGB fue que precedida de un importante *corpus* jurisprudencial del Tribunal Supremo alemán en relación con el principio de buena fe recogido en el § 242 BGB, aplicado a las CGC²⁷². Muchas de estas decisiones del Tribunal Supremo alemán, trataban de contratos entre profesionales. De hecho, tanto por su número, como por su relevancia en los asuntos considerados, los casos entre profesionales parecían más relevantes que los que afectaban a consumidores en ese momento²⁷³.

En ese contexto y no sin críticas y posiciones contrarias, se aprobó la mencionada ABGB, cuyas normas fueron incluidas directamente en el BGB, parágrafos 305 y ss. desde el 1 de enero de 2002. La norma se concibió en principio como una ley de protección de los consumidores. Sin embargo, durante el trámite parlamentario (con particular participación del grupo parlamentario conservador CDU) acabó convertida en una norma general de aplicación también a los empresarios, tras cierto debate y polémica al respecto. Algunas cuestiones que la doctrina se plantea hoy tienen su origen en la decisión del legislador de la ABGB en 1976 de no diseñarla como una herramienta para proteger a “partes débiles”. La normativa alemana no está basada en la inferioridad típica del adherente lo que hace que la fuerza relativa de las partes contratantes involucradas sea en principio irrelevante²⁷⁴.

Su carácter pionero en la materia y su amplia experiencia sobre su aplicación contribuyeron a asentar la ABGB para una parte importante de la doctrina como el modelo a adoptar claramente por una parte importante de la doctrina, tanto en España como en el extranjero, y no hay debate doctrinal o modificación de propuesta legislativa de las que hemos visto en otros países que no cite, casi en primer lugar, dicha normativa.

4.1.2. Visión general del contenido de la regulación

²⁷² ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. [...].

²⁷³ Por ejemplo en 1976, el año previo a la introducción de la ABGB, el Tribunal Supremo alemán habría tomado 33 decisiones relativas a CGC, de las cuales solo 8 trataban de contratos con consumidores (Cfr. ULMER P. en *10 Jahre AGB-Gesetz* editado por B. Heinrichs, W. Löwe y P. Ulmer, Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Colonia, 1987, p. 13.).

²⁷⁴ ULMER, P y HABERSACK, M., “*Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag § 305*” en *AGB-Recht : Kommentar Zu Den §§ 305-310 BGB und Zum UKlaG*, editado por A. Witt et al., Otto Schmidt KG, Verlag, 2016., p. 14.

La regulación actual de las CGC en derecho alemán está incluida en los párrafos 305 a 310 del BGB, que sustancialmente trasladan el contenido de la ABGB 1976. La parte más extensa de la regulación es la dedicada a los controles de contenido. Se establece una cláusula general en el § 307 (1) BGB, incluyendo el control de transparencia que no aparecía en la original ABGB. A este artículo le siguen la denominada lista de cláusulas grises (§ 308BGB) y la lista de cláusulas negras (§ 309 BGB). Estas listas no se aplican en principio a los profesionales, si bien como luego veremos, los tribunales han acabado aplicándolas de forma casi generalizada.

La regulación se complementa mediante una norma anti-elusión (§ 306 a BGB) y una norma que define los ámbitos de aplicación a contratos entre profesionales y con consumidores, así como contratos excluidos por su naturaleza u otras precisiones (§ 310 BGB).

4.1.3. El concepto de CGC en la normativa alemana y la importancia del proceso de negociación

La definición de las CGC en la legislación alemana, § 305 (1) BGB, se basa en los conceptos de pre-redacción, uso generalizado principalmente e imposición. Estas notas se complementan con un criterio de exclusión de lo que no se entiende como CGC, al no considerar como tales las estipulaciones que se han negociado individualmente.

La pre-redacción es un elemento fáctico, que requiere que “no se esté pensando en un caso individual” de una relación con un cliente, pero incluye supuestos tales como la utilización de modelos de contratos, incluso si son de un tercero, o incluso si la intención de quien prepara el documento es utilizar las condiciones contractuales para futuros contratos con el mismo cliente. La jurisprudencia incluye también módulos de texto preformulados, a partir de los cuales se reúne el texto del contrato para cada caso individual o simplemente cláusulas preformuladas individuales en un contrato que está diseñado en gran medida como un acuerdo individual, aun con variaciones lingüísticas, e incluso aquellas cláusulas que sin plasmarse por escrito, se aprenden de memoria o se recuerdan para un uso posterior.²⁷⁵

Respecto al uso generalizado, se trata de un elemento de “intencionalidad” en que la

²⁷⁵ Así se recogen distintos casos de jurisprudencia recogidos por ROLOFF (Cfr. ROLOFF, S. “305” en VV.AA, *BGB*, editado por L. Aderhold, et al., Otto Schmidt KG, Verlag, 2014, p. 1103).

jurisprudencia alemana se muestra igualmente amplia, y basta que el mismo término se utilice tres veces con la misma contraparte para que se pueda hablar de uso generalizado. Las cláusulas escritas por un tercero y distribuidas para uso general constituyen CGC, incluso si la persona que las usa planea emplearlas solo en un caso. La intención puede incluso darse de forma retrospectiva: habiendo redactado un contrato individual, se decide usarlo luego como modelo, y por lo tanto pasa a ser considerado CGC también en su uso inicial individual²⁷⁶.

Es tal la amplitud con que se aplican estos requisitos, que determina la facilidad de cumplirlos y por tanto que casi cualquier contrato pueda ser un contrato con CGC. Como señala un abogado “es irreal que en estos tiempos las cláusulas no se usen más de una vez, donde la preparación de un contrato implica la utilización de cláusulas ya testadas o partes de contratos existentes o modelos de contrato en un nuevo contrato”, y gráficamente concluye que aunque alguien quisiera redactar una cláusula individual y específica de limitación de responsabilidad, se encontraría en serias dificultades lingüísticas para desarrollar variaciones no usadas ya antes por algún modelo de “El suministrador excluye la responsabilidad por negligencia”²⁷⁷.

Finalmente, es necesaria la imposición, o más bien “introducción” en su dicción literal, que está muy ligada a la ausencia de negociación individual. Como señala ROLOF²⁷⁸ la jurisprudencia asociada a este término considera que no es necesaria una imposición obligatoria o la aplicación unilateral, sino que lo único relevante es determinar quién consta como predisponente, esto es quien introduce las CGC en el contrato, y quien actúa como adherente. De hecho, en un contrato pueden darse CGC introducidas por las dos partes, de las que serán inversamente adherentes y predisponentes.

Estos requisitos positivos, especialmente el último de la imposición, se complementan con uno negativo, la ausencia de negociación para ser considerada CG. Si una cláusula es negociada individualmente no se considerará CGC. Sin embargo, la consideración de lo que es una cláusula negociada individualmente es interpretada de una

²⁷⁶ Ver en este sentido de nuevo la jurisprudencia resumida por ROLOF (ROLOF, S. “305..., o.c., p. 1104.)

²⁷⁷ KESSEL, C., “ABGB oder Individualer Vereinbarung- Relevanz und Reformbedarf“ en *Antwortsblatt*, 2012, vol, 4, p.293.

²⁷⁸ ROLOF, S. “305”, o.c., p. 1104.

forma bastante restrictiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (BGH). Para el BGH, para que podamos hablar de negociación (*aushandeln*) no es suficiente que hayan tenido lugar meras negociaciones (*verhandeln*), sino que haya una auténtica apertura por parte del predisponente a su modificación, lo que lleva a que, en muchos casos, solo se considera que no estamos ante CGC si de hecho las estipulaciones ha sido objeto de modificación²⁷⁹. Además, el BGH toma cada cláusula por separado y requiere una negociación individual de cada CGC. Por lo tanto, si se han llevado a cabo negociaciones entre las partes y se han modificado algunas CGC, pero otras no, porque no se haya negociado al respecto, éstas se pueden aun considerar CGC.

La falta de negociación puede deberse a una decisión del adherente de renunciar a ella, por cualquier motivo, tanto por evitar los costes transaccionales (tiempo, uso de abogados), como directamente para buscar beneficiarse del régimen de protección de CGC. Se observa por parte de la doctrina alemana, como señalan KESSEL y JÜTTNER, entre otros, un desincentivo a las partes a ejercer su libertad contractual en la determinación del contrato como fórmula de autoprotección, frente a la protección legal²⁸⁰. Este comportamiento, que puede estar justificado en el caso de los consumidores porque no es esperable que el predisponente entre a negociar, no tiene por qué darse de la misma forma en las relaciones entre profesionales, al menos de forma general. Se produciría así un “incentivo perverso” a renunciar a participar en el proceso de la contratación, o al menos a caer en ese riesgo, que hace que la doctrina considere de forma bastante amplia la necesidad de una corrección por parte de sus tribunales²⁸¹. Parece que la jurisprudencia estaría ya dando indicaciones de que, en los casos en que el contrato en su conjunto se haya negociado de forma amplia, no cabe hablar de CGC²⁸².

²⁷⁹ Cfr. MIETHANER, T., “AGB oder Individualvereinbarung – die gesetzliche Schlüsselstelle „im Einzelnen ausgehandelt” en *Neue Juristischen Wochenschrift*, Vol. 43 2010, p. 3122 y ss. y MIETHANER, T., *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 343.

²⁸⁰ KESSEL, C. y JÜTTNER, A., “Der Vorbehalt der Individualabrede im unternehmerischen Geschäftsverkehr” en *Betriebsberater*, Vol. 26, 2008, p. 1352.

²⁸¹ Cfr. Entre otros GÜNES, M y ACKERMANN, T., “Die Indizwirkung der §§ 308 und 309 BGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr” en *Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht*, 2010, pp. 400-406.

²⁸² Véase a este respecto la jurisprudencia y comentarios de DRYGALA, T. “Die Reformdebatte zum AGB-Recht” en *JuristenZeitung*, p. 984, nota 14.

4.1.4. Los controles de las CGC: controles de contenido.

El segundo aspecto que vamos a tratar es el de los controles a los que se somete a las CGC, en su triple visión de controles de incorporación, interpretación y contenido. Solo los analizaremos por su interés en las relaciones entre profesionales y nos centraremos, en los controles de contenido y el desarrollo creciente de dichos controles.

Así el § 307 BGB (antiguo § 9 AGBG) establece un principio general de necesidad de respeto a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones:

§ 307. Control de contenido

(1) 1 Las estipulaciones contenidas en condiciones generales son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente de manera contraria a la buena fe. 2 Un perjuicio indebido también puede resultar del hecho de que la disposición no sea clara y comprensible.

(2) en caso de duda, se presume un perjuicio indebido cuando la cláusula 1) no sea compatible con los principios esenciales de la disposición legal de la que difiere o 2) se limiten los derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato de tal manera que se ponga en peligro la finalidad de este”²⁸³

(3) 1 Los párrafos 1 y 2, así como las secs. 308 y 309, solo se aplican a las estipulaciones en condiciones generales en las que se acuerdan un tratamiento por el que se desvían o complementan las disposiciones legales. 2. Otras cláusulas pueden ser ineficaces por aplicación del apartado 1, inciso 2, en relación con el apartado 1, inciso 1.”

El § 307 (1).1 BGB recoge el estándar general para el control de contenido de las CGC que supondría la ineficacia de aquellas CGC que no superen ese test. Se expresa en la forma de una cláusula general (el perjuicio indebido del adherente de manera contraria a la buena fe), que enlaza con la jurisprudencia del § 242 BGB a la que nos hemos referido. Como señala FUCHS “no se trata de una revisión judicial del contrato por razones especiales de equidad que solo se considera en casos individuales, sino un límite general a la libertad contractual [...] más estricto e intenso [que en el resto de los contratos]”²⁸⁴.

Se da así como señala también FUCHS, “un modelo de justicia objetivo como criterio para el equilibrio necesario de intereses en casos individuales. Sin embargo, este autor señala la existencia de críticas frecuentes sobre una aplicación que se considera "excesiva" e

²⁸³ Según traducción de PORTELLANO DIEZ, a la ABGB. en “Anexo...”, o.c., p. 602, con adaptación propia a la nueva redacción del BGB.

²⁸⁴ FUCHS, A., “Inhaltskontrolle § 307” en *AGB-Recht : Kommentar Zu Den §§ 305-310 BGB und Zum UKlaG*, editado por A.Witt, et al., Otto Schmidt KG, Verlag, 2016, pp. 540-541.

impredecible, especialmente en el ámbito de la contratación entre profesionales en la que las diferentes necesidades de protección y las diferenciaciones resultantes no siempre se tienen en cuenta adecuadamente en comparación con el control de cláusula para los consumidores²⁸⁵.

El § 307 BGB se complementa con una lista de cláusulas prohibidas (“lista negra”), prevista en el § 308 BGB y otra de cláusulas que pueden ser nulas (“lista gris”) en el § 309 BGB. Ambas listas son sólo de aplicación a los contratos con consumidores, al menos en principio. El § 310. 1 BGB pide que en caso de aplicar los supuestos de las listas a la contratación entre profesionales “se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial” (§ 310.1 BGB). Sin embargo, el alcance práctico de esta norma es muy limitado y los tribunales consideran las listas de los parágrafos 308 y 309 como indicativos de situaciones abusivas, produciendo un efecto prácticamente idéntico al que se da en los contratos con consumidores a través de lo que se denomina como “teoría de los indicios” (*Indizentheorie*). Para ello se considera por parte de los tribunales que las prohibiciones referidas a los contratos de consumidores constituyen un indicio o concreción de lo que puede entenderse como actuaciones contrarias a la buena fe contractual y sirven por lo tanto para interpretar la cláusula de buena fe²⁸⁶. La misma excepción citada, del art 310 sec.1 BGB tiene una interpretación muy limitada, y los tribunales solo permiten aplicar estas prácticas y costumbres del mercado si no son injustas en sí mismas. El problema es que en esta interpretación, según los críticos con su aplicación, el estándar de control no se ve afectado por las posibles peculiaridades de relaciones entre profesionales, “los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial” de la frase final del art. 310.1 BGB y los resultados tienden a ser idénticos o muy similares en las mismas cláusulas incluidas en contratos entre profesionales y con consumidores²⁸⁷.

4.1.5. Posibles excesos en la aplicación jurisprudencial y propuestas de modificación.

Como se puede observar de lo expuesto hasta ahora, el nivel de intervención de la

²⁸⁵ FUCHS, A., “Inhaltskontrolle...”, o.c, pp. 541.

²⁸⁶ ALBIEZ DOHRMAN realiza un estudio bastante detallado de esta teoría, repasando tanto la jurisprudencia como la doctrina correspondiente (ALBIEZ DOHRMAN, K.J., *La protección...*, o.c., pp.. 38-45.

²⁸⁷ VOGENAUER, S., “Regulatory Competition Trough Choice of Contract Law and Forum“, en *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, editado por H. Eidenmüller, C.H. Beck · Hart · Nomos, Munich, p. 264 y ss.

normativa alemana de CGC entre profesionales es muy intenso, tanto en lo relativo a qué se entiende por CGC, como en la aplicación de controles en principio previstos para los consumidores. Una parte de los abogados considera que el control de las CGC mediante sucesivas decisiones judiciales se ha extendido poco a poco más allá y mucho más en profundidad de lo que se preveía inicialmente por el legislador y que esa extensión crea auténticos problemas en la práctica empresarial.

Como hemos señalado, la reforma se plantea especialmente por parte de la industria y de sus asesores²⁸⁸. La experiencia jurisprudencial de la aplicación de la normativa alemana pareció resultar positiva en sus primeros años, habiendo hecho olvidar las polémicas originales relativas a la aplicación de la AGBG y en particular los temores de un efecto negativo en la actividad empresarial²⁸⁹. Sin embargo, en los últimos años parece que la aplicación de los tribunales ha generado muchas críticas.

La práctica empresarial muestra quejas frecuentes por parte de las empresas y sus asesores²⁹⁰ que consideran excesivamente estricto el control de CGC, por falta de consideración de las necesidades del tráfico entre profesionales y su falta de seguridad. Se ha generado así un interesante debate²⁹¹ sobre la oportunidad o necesidad de una reforma, con voces muy autorizadas tanto a favor como en contra²⁹². La discusión parece centrarse

²⁸⁸ Por ejemplo en la revista de la Unión Alemana de Abogados del mes de abril de 2012 dedicaba seis artículos precisamente al tema de las CGC entre profesionales, en distintos aspectos, mayoritariamente a favor de la reforma, en relación con un simposio organizado por esta misma asociación. Citaremos posteriormente algunos de estos artículos.

²⁸⁹ ULMER, P., “La Protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la ley sobre CGC de 1976” en *Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, editado por ESPIAU ESPIAU, S., Marcial Pons Editor, Madrid, 1999, p. 34.

²⁹⁰ Por ejemplo en la revista de la Unión Alemana de Abogados del mes de abril de 2012 dedicaba seis artículos precisamente al tema de las CGC entre profesionales, en distintos aspectos, mayoritariamente a favor de la reforma, en relación con un simposio organizado por esta misma asociación. Citaremos posteriormente algunos de estos artículos.

²⁹¹ Para una visión general del debate y de las posiciones se pueden consultar, entre otros, DRYGALA, T., “Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für ein einheitliches europäisches Kaufrecht” en *JuristenZeitung*, 67. Nr. 20, 2012 pp. 983-992 y PRETZEL, M., *Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr: Überregulierung oder notwendiger Schutz?*, GRIN Verlag, 2018, que trata la cuestión de forma extensa y detallada.

²⁹² Así, al ya referido LEUSCHNER, a favor, y su debate con WESTPHALEN, en contra. Véase así LEUSCHNER, L. “AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr. Zu den Grundlagen einer Reformdebatte”, en *JuristenZeitung*, 2010, pp.875 – 884, “Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr” en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2015, pp.1045–1052 y “Noch

fundamentalmente en dos direcciones: la amplitud del concepto mismo de CGC y la escasa diferenciación de las CGC en el tráfico entre empresarios y con consumidores, en particular en lo relativo a las cláusulas de exención de responsabilidad²⁹³.

Además de argumentos económicos o de mercado, los argumentos jurídicos presentados por quienes proponen la reforma son múltiples: ausencia en estos casos de la necesidad de protección, la ausencia de justificación de traslado de costes de transacción desproporcionados²⁹⁴, etc.

Las propuestas de la dirección que debe darse a las reformas son variadas. Para algunos habría que adoptar una línea similar a otros países, sobre todo a la de Holanda. Se propone la introducción de límites cuantitativos a los contratos para poder considerarlos como con CGC o la protección solo de las pequeñas y medianas empresas. En otros casos se aboga más bien por corregir los estrictos requisitos que actualmente exigen los tribunales para considerar que existe un acuerdo individual teniendo en cuenta en particular las denominadas “soluciones paquete” (cuando se acepta una cláusula a cambio de la modificación de otra). Finalmente también se propone considerar los efectos que la renuncia o dejación de la capacidad de negociación, o modificaciones a los criterios para el control de contenido en contratos entre profesionales, especialmente teniendo en cuenta de forma efectiva los usos empresariales²⁹⁵.

Como señalábamos también existe una parte de la doctrina en contra, encabezados por WESTPHALEN²⁹⁶, que critica la falta de argumentos dogmáticos y de justicia de los críticos de la normativa de CGC. Para esta gran autoridad alemana, hay que destacar el valor de la jurisprudencia respecto a las CGC, tanto antes como después de la introducción de la AGBG, y la importancia del derecho dispositivo, que es normalmente desplazado por las

einmal: Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr - Replik zum Beitrag von Graf von Westphalen” en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, pp. 1326 – 1332.

En contra de la reforma, WESTPHALEN, F. v., “Wider einen Reform bedarf beim AGB-Recht“, en *Neue Juristische Wochenschrift*., 2009, pp. 2977 y ss.

²⁹³ PFEIFFER, T. “Flucht ins schweizerische Recht?” en *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz*, editado por Genzow, F. C., Köln, 2010, p. 555;

²⁹⁴ DRYGALA, T. “Die Reformdebatte...”, o.c., p.992.

²⁹⁵ Para todas estas propuestas, incluyendo argumentos contrarios, puede verse KIENINGER, “AGB bei B2B-Verträgen: Rückbesinnung auf die Ziele des AGB-Rechts”, en *AntwaltsBlatt*, pp. 301-307.

²⁹⁶ WESTPHALEN, F. v., “Wider...“, o.c., pp. 2977 y ss y en

CGC.

En cualquier caso, como señalaba FUCHS “la crítica debe ser una señal de advertencia y debe dar lugar a un examen crítico de las normas y al manejo práctico del control de contenido en las operaciones entre profesionales para la jurisprudencia y la doctrina”²⁹⁷.

Aunque es todavía pronto para señalar si habrá finalmente cambios, parece que es un tema que forma parte del debate político y no únicamente académico, al haber incluido el pacto de gobierno de 2018 entre conservadores (CDU-CSU) y socialdemócratas (SPD) la revisión de las normas sobre CGC entre profesionales, si bien manteniendo un nivel de protección parecido al actual para los pequeños y medianos empresarios²⁹⁸.

4.2. Portugal.

En una línea similar al derecho alemán está la legislación portuguesa, establecida en el Decreto-Ley n.º 446/85, de 25 de octubre sobre Régimen Jurídico de las Condiciones Generales de la Contratación (“DL 446/85”)²⁹⁹.

La característica más importante de la regulación portuguesa es dar el mismo tratamiento a las CGC con independencia de las características subjetivas del adherente, salvo en relación con las listas negra y gris de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas, que son diferentes para consumidores y adherentes profesionales. Se trata, como así señala FERREIRA DE ALMEIDA, de una línea clara y voluntaria caracterizadora del derecho portugués al respecto³⁰⁰.

Centrándonos en el control de contenido, este se concreta en el art. 15 DL 446/85 que señala que “están prohibidas las condiciones generales contrarias a la buena fe”. Para ello, según el art. 16, se ponderarán “los principios generales del derecho relevantes de cara a la

²⁹⁷ FUCHS, C. “Inhaltskontrolle...”, o.c. p. 785.

²⁹⁸ Cfr. MÜLLER, W. “Endlich! Die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr steht auf dem Prüfstand” en *Betriebs Berater*, 2018, n.º 26, p.1 (disponible en <https://online.ruw.de/suche/bb/Endl-Die-AGB-Kontr-im-unternehmeris-Geschaftsver-4c30c30167b6beab2e7a7e86f0fcddcb>)

²⁹⁹ Igualmente traducción de PORTELLANO DIEZ, P. en “Anexo...”, o.c., p. 612. Véase respecto al régimen portugués ALMEIDA COSTA, M.J., *Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999 .

³⁰⁰ FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Contratos*, vol. I, 3, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pp. 163 -165.

situación considerada y, especialmente a) la confianza suscitada en las partes (...), por el proceso de formación del contrato singular celebrado, por el tenor de éste y también por cualesquiera otros elementos atendibles y b) el fin que las partes buscaban alcanzar negocialmente, procurándose su efectividad a la luz del tipo de contrato.”.

Establece luego la ley cuatro listas, dos para los contratos entre profesionales (una “lista negra” de cláusulas prohibidas, y otra “lista gris” de cláusulas “relativamente prohibidas de acuerdo con el marco negocial”) y dos para los contratos con consumidores.

Entre las cláusulas absolutamente prohibidas estarían las exclusiones de responsabilidad por daños a la vida, la integridad moral o física o la salud de las personas (art. 18.a), la exclusión o limitación por daños no contractuales del adherente (art. 18.b), exclusión de responsabilidad por dolo o culpa grave propios (art. 18.c) o por actos de representantes (art. 18.d); facultades de interpretación del contrato exclusivas de una parte (art. 18.e DL 446/85), excluir la excepción del incumplimiento del contrato o la resolución por incumplimiento del adherente (art. 18.f), o excluir o limitar los derechos de retención (art. 18.g), facultad de compensación (art. 18.h), el envío en depósito (art. 18.i), o establecer obligaciones perpetuas o a voluntad de una de las partes (art. 18.j), o la posibilidad de ceder la posición contractual o deudas, así como subcontratar, a favor de terceros no estipulados en el contrato (art. 18.l). Como se puede observar varias de estas normas estarían entre nosotros ya prohibidas por normas imperativas.

Las cláusulas relativamente prohibidas para los profesionales (lista gris), incluyen, entre otros, facultades tales como establecer plazos excesivos de aceptación o rechazo de propuestas, (art. 19.a.), tiempos excesivos de cumplimiento de las obligaciones (art. 19.b.), cláusulas penales desproporcionadas para los daños a indemnizar (art. 19.c.), declaraciones de consentimiento ficticias (art. 19.d.), facultades de resolución unilateral *ad nutum* sin compensación ((art. 19.f), o elegir un foro de resolución de conflictos, que implique serios inconvenientes para una de las partes y no esté justificado para la otra, etc.

La aplicación práctica del DL 446/85, va más allá de los efectos disuasorios que puede tener en la preparación de contratos, podemos comprobarlo en la información proporcionada por el Registro de Cláusulas Generales Abusivas (*Registro de Cláusulas*

Contratuais Gerais Abusivas)³⁰¹. Una búsqueda por algunos contratos entre profesionales con CGC más habituales señala una cierta actividad de los tribunales portugueses en este sentido, por ejemplo con sentencias declarando nulas cláusulas incluidas no solo en contratos de prestación de servicios y financieros (que afectan tanto a profesionales como consumidores), sino también en otros típicamente entre profesionales como los contratos de franquicia (2 asuntos), contrato de leasing (5 asuntos) o contratos de publicidad (3 asuntos) o consultoría empresarial (un asunto).

4.3. Francia

La reciente reforma de 2016 del derecho de contratos francés ha supuesto, al menos en apariencia, un importante cambio en el tratamiento de las CGC. La modificación acometida por la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero, referente a la reforma del derecho de contratos, del régimen general de las obligaciones y de la prueba de las obligaciones³⁰², afecta a un gran número de materias. QUIÑONES ESCAMEZ cita algunos de los elementos modificados, tales como la desaparición de la causa como elemento esencial, la aparición de la teoría de la imprevisión, y el tratamiento de los contratos de adhesión³⁰³.

Dentro de esta reforma, uno de los puntos de mayor novedad va a ser precisamente el tratamiento de los “contratos de adhesión”. Como ya habíamos visto es la terminología usada en Francia desde 1902 a nivel doctrina y jurisprudencial, y que tiene ahora reflejo legislativo. En la nueva regulación de estos contratos se ha incluido, junto con la definición de lo que es un contrato de adhesión (art. 1110), la regla *contra proferentem* (art. 1192) y un tratamiento específico de los efectos de los “desequilibrios significativos” en los contratos de adhesión (art. 1171), que examinaremos en detalle un poco más abajo, y que trata de las CGC como sujeto particular de tratamiento, con un control importante de contenido en los contratos en general (aunque apenas de otros aspectos).

Antes de ello sin embargo, el legislador francés estuvo cerca de tratar el problema no

³⁰¹ <https://dgpj.justica.gov.pt/Registo-de-Cláusulas-Contratuais-Gerais-Abusivas>

³⁰² *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.*

³⁰³ QUIÑONES ESCAMEZ califica la modificación como “una reforma más que una revolución” (Cfr. QUIÑONES ESCAMEZ, A. “El Derecho Contractual Francés (2016)” en SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Contractual comprado. Una perspectiva Europea y transnacional*, 1996, p. 246).

como una cuestión de contrato de adhesión o CGC, sino de forma general para todos los contratos. En el proyecto gubernamental de 2015³⁰⁴, el entonces art. 1169 establecía una regla general para todos los contratos que consagraba el principio de nulidad de aquellas cláusulas que causasen un desequilibrio significativo.

En el texto definitivo del art. 1171 del Código Civil francés tras la reforma se establece un tratamiento diferente para el contenido de los contratos de adhesión:

“Art. 1171 [Parr. 1] En un contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato podrá ser suprimida por el juez a instancias de la parte en cuyo detrimento esté estipulada. [Parr. 2] La apreciación del desequilibrio significativo no versará sobre la definición del objeto del contrato ni sobre la adecuación del precio a la prestación”³⁰⁵.

La corrección del texto ha sido en general bien recibida y curiosamente la introducción de este control de contenido en las CGC entre profesionales fue uno de los aspectos destacados por el gobierno francés al hacer público el texto, que hacía referencia directa a la posibilidad de que los pequeños empresarios se beneficiaran de ese control de contenido³⁰⁶.

Como señalamos, a la introducción de este control general, aparece también por primera vez en el Código Civil francés una definición de los contratos de adhesión: (Art. 1110 Código Civil francés, segundo párrafo) “El contrato de adhesión es aquel cuyas condiciones generales, sustraídas a la negociación, son determinadas anticipadamente por

³⁰⁴ El proyecto está disponible en www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf. Existe una traducción al español del proyecto por la La Fondation pour le droit continental/ Continental law Foundation disponible en www.justice.gouv.fr/art_pix/projet_reforme_contrats_2015_espagnol.pdf. [Fecha de consulta: 17 de mayo de 2017]

³⁰⁵ “[Parr. 1] *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. [Parr. 2] L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.*”. Traducción al español en el texto propia.

³⁰⁶ “*Por lo tanto, una pequeña empresa que solo puede aceptar las condiciones generales de su contraparte podrá hacer eliminar las cláusulas que crean un desequilibrio manifiestamente excesivo de sus derechos y obligaciones*” según la información hecha pública respecto a los acuerdos del Consejo de Ministros de 10 de febrero de 2016 (<http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2016-02-10/reforme-du-droit-des-contrats-du-regime-general-et-de-la-pre>), citado en BEHAR-TOUCHAIS, M, “Le déséquilibre significatif dans le Code civil” en la semaine juridique - Édition générale - N° 14 - 4 AVRIL 2016., p. 662.

una de las partes”³⁰⁷ contraponiéndolo al “contrato de mutuo acuerdo” definido en el mismo artículo en el párrafo anterior como aquel “donde las estipulaciones son negociables por las partes”³⁰⁸,.

Lo que sí que es relevante es entender realmente el ámbito de la modificación, pues la doctrina francesa se plantea precisamente dudas respecto al mismo, al menos en estos momentos iniciales. La cuestión es si el art. 1171 del Código Civil se aplica realmente a los contratos entre profesionales³⁰⁹.

Las dudas surgen porque el Código de Comercio francés ya incluía desde 2007, y parcialmente antes, un conjunto de normas respecto al “desequilibrio significativo”, dentro de la normativa de prácticas restrictivas de la competencia. No eran normas del derecho de contratos, aunque se refiera a ellos, y eran aplicables a todo contrato o propuesta, con independencia de que sea un contrato de adhesión o incluya CGC. Así el art. L. 442-6, I, 2° del Código de Comercio francés dice:

*“I. - Comprometerá la responsabilidad de su autor y le obligará a reparar el daño causado, todo productor, comerciante, industrial o persona inscrita en el Registro Central de Artesanos, por el hecho de: [...] 2° Someter o intentar someter a un colaborador comercial a obligaciones que provoquen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes”*³¹⁰.

Según una primera interpretación la confluencia del nuevo art. 1171 Código Civil francés con el art. L. 442-6, I, 2°, del Código de Comercio francés, se saldaría con la exclusión de la aplicación de la norma general del Código Civil, frente a la especial del Código de Comercio. Puesto que además, también se excluirían la aplicación entre empresarios y consumidores por la otra normativa especializada, el Código de Consumo, el

³⁰⁷ Art. 1110, párrafo segundo “*Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.*”

³⁰⁸ Art. 1110, párrafo primero “*Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties.*”

³⁰⁹ Cfr. BEHAR-TOUCHAIS, M, “Le déséquilibre significatif ...”, o.c., p. 662). Incluso como señala esta misma autora el texto del comunicado oficial fue luego corregido para evitar la referencia a los pequeños empresarios (<http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/archivesdes-communiques-de-2016-12818/droitdes-contrats-28735.html>)

³¹⁰ “*Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties;*” Traducción de Legifrance disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>

ámbito de aplicación del art. 1171 del Código Civil francés, esto es, el que considera expresamente las CGC o contratos de adhesión, quedaría reducido a supuestos relativamente menores (profesionales liberales, asociaciones, etc. a los que no resulta de aplicación el Código de Comercio francés). Así se acaba calificando el nuevo texto del art. 1171 como “mucho ruido y pocas nueces”, según BEHAR-TOUCHAIS³¹¹. En este mismo sentido, aunque de manera cauta a la espera de la jurisprudencia, por ejemplo se manifiesta CHONÉ-GRIMALDI, que señala que de los materiales preparatorios de la reforma parecía expresamente entenderse que el ámbito de la nueva norma no sería de aplicación ni a los contratos consumidores, sujetos a la normativa de consumo, ni entre profesionales, que se regirían por el Código de Comercio francés³¹².

Si finalmente se impone el principio de aplicación preferente del art. L. 442-6, I, 2º, del Código de Comercio francés (y salvo los casos menores antes citados), Francia se inclinaría por un tratamiento no diferenciado para las CGC, y por lo tanto por la utilización de instrumentos generales tanto para las CGC como para otros contratos. Si por el contrario cabe la aplicación en los contratos entre profesionales tanto del art. 1171 Código Civil francés como del art. L. 442-6, I, 2º, del Código de Comercio francés (o incluso prevalece el primero), nos encontraríamos ante una regulación diferenciada del tratamiento de las CGC entre profesionales mediante una cláusula general. En cualquier caso parece que el derecho francés tiene una buena disposición a introducir controles materiales en la contratación entre profesionales, sea solo en el caso de CGC, o de forma más amplia a todos los contratos.

5. Normativa internacional y propuestas de armonización del derecho contractual europeo

La revisión de diversas experiencias nacionales en el tratamiento de CGC entre profesionales mediante normas generales de derecho de los contratos quedaría incompleta si no abordamos algunas iniciativas internacionales que tratan la cuestión. En concreto, vamos a considerar determinadas propuestas de la Unión Europea o en el ámbito del derecho

³¹¹ Esta es al menos la conclusión de BEHAR-TOUCHAIS, M, “Le déséquilibre significatif ...”, o.c., pp. 662 y 663, pero habrá que esperar a ver cómo se desarrolla el debate doctrinal y jurisprudencial al respecto.

³¹² CHONÉ-GRIMALDI, A.S, “Art. 1171” en *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article*, dirigido por T. Douville. Ed. Gualino, Caen, 2016, pp. 139 y 140.

contractual europeo, sobre una regulación general más o menos amplia del derecho de los contratos.

Pese a que en los tratados comunitarios no hay ninguna previsión respecto a la armonización o unificación del derecho privado europeo, existen desde hace varios años una serie de trabajos destinados a ello apoyados por las instituciones de la Unión Europea³¹³. Dichas iniciativas se han beneficiado especialmente del reconocimiento que supusieron las conclusiones del Consejo de Tampere de 1999³¹⁴, cuyo punto 39 señalaba la necesidad de “un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil”. Pese a lo ambicioso de la materia (todo el derecho privado), los esfuerzos se han centrado hasta ahora en la convergencia a nivel de derecho contractual³¹⁵.

Hay que reseñar que la Comisión Europea, aunque brevemente, trató en su “Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción”³¹⁶ el tema del ámbito de aplicación de las CGC, señalando las divergencias dentro de los Estados Miembros que impiden el uso de contratos tipo y, por lo tanto, dificultan las transacciones transfronterizas³¹⁷. Frente a este problema, la propia Comisión proponía como uno de los enfoques propuestos para unificar progresivamente el

³¹³ Véase al respecto, principalmente, “Resolución del Parlamento Europeo 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”, COM (2001) 398, C5-0471/2001 - 2001/2187(COS), DO C 140E de 13.6.2002, p. 538; Informe del Consejo 16 de noviembre de 2001 sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil [<http://register.consilium.eu.int/pdf/es/01/st12/12735es1.pdf>]; “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Derecho contractual Europeo” 2001/C255/01, DOCE 13.9.2001, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción”, COM(2003) 68 final.

³¹⁴ Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, con el objetivo de trabajar en áreas de libertad, seguridad y justicia, proponía una mayor convergencia en el ámbito del derecho civil, en el ámbito de un “auténtico Espacio Europeo de Justicia.

³¹⁵ “Proyecto de Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil”, 13017/01, JUSTCIV 129 (DG H III), p. 2. Cfr. entre otras las siguientes obras de ámbito general sobre el Derecho contractual europeo ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A. *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch 2003, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A. M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002, y CÁMARA LAPUENTE, S., *Derecho privado europeo*, Ed. Colex, Madrid, 2003.

³¹⁶ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción”, COM(2003) 68 final.

³¹⁷ COM (2003) 65 final, Apartados 37 y 38.

derecho contractual europeo la promoción “de elaboración de cláusulas contractuales tipo”

318

Además de los esfuerzos oficiales, durante muchos años ha habido un obvio interés por parte de sectores académicos europeos por avanzar en la dirección de un derecho privado europeo común, entre los que cabe destacar los trabajos del Grupo de Pavía (encabezado por el Prof. Gandolfi) y los de la Comisión de Derecho Contractual Europeo (encabezados por el Prof. Lando). Aunque dentro de la tradición del *Professorenrecht*³¹⁹, y sin carácter oficial³²⁰, los resultados de ambos grupos y de algunos otros constituyen, no sólo por su posible uso futuro en los trabajos del derecho contractual europeo, sino en sí mismos como síntesis de la experiencia europea, una valiosa fuente a la hora de abordar el tema de este trabajo.

5.1. Las CGC y el Marco Común de Referencia

Como hemos señalado, en el ámbito de los intentos de unificación del derecho se han formulado distintas propuestas desde sectores académicos europeos para avanzar en la dirección de un derecho privado europeo común. La más relevante probablemente sería el denominado Proyecto del Marco Común de Referencia (más conocido como DCFR, por sus siglas en inglés), presentado en 2009 por el Grupo Estudio sobre un Código Civil Europeo

³¹⁸ COM (2003) 65 final, Apartado 53. La Comisión señala como ejemplo las realizadas por la Orgaline. Sin embargo existen muchas iniciativas similares a nivel comunitario o no, ampliamente utilizadas en la práctica empresarial, en particular los INCOTERMS, UNIDROIT, como se ha puesto de manifiesto (SANCHEZ GONZALEZ, M.P “Las tendencias unificadoras del Derecho contractual europeo”, en *Revista de Derecho Privado*, Noviembre-Diciembre 2003, p. 729). En cualquier caso no deben confundirse la existencia de dichas cláusulas, que constituyen un auténtico uso del comercio con las normas que regulan las CGC. Como se puede entender dichas “cláusulas y condiciones típicas” estarían sujetas a la normativa nacional sobre CGC, y aunque la Comisión menciona expresamente que deberían de cumplir con la normativa sobre cláusulas abusivas (que por otra parte solo sería aplicable *stricto sensu* a aquellos contratos tipo que pudieran resultar usados con consumidores). Es precisamente sobre la base de la libertad contractual, a veces denostada y cuyos excesos la normativa de cláusulas abusivas pretende atajar, lo que posibilitaría la creación de esta herramienta de unificación del Derecho europeo.

³¹⁹ Versión española dentro del Proyecto BJU2000-1021, del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el Prof. Gabriel GARCÍA CANTERO, “Ante la unificación europea del Derecho contractual: Incidencia en España del Anteproyecto del Grupo de Pavía”, p.1.

³²⁰ Si bien los proyectos Gandolfi y Lando a los que más tarde nos referimos aparecen mencionados en la Comunicación de 11 julio de 2001, de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo y al Parlamento Europeos. Lo cual puede llevar a considerar que “en alguna manera, han sido “oficializados” por los organismos europeos, ya sea por haberlos, en cierto modo, “autorizado” a lo largo de su elaboración, o bien por haber sido “presentados” ante aquéllos” (GARCÍA CANTERO, G, “Ante la unificación...”, o.c., p. 14.

en cooperación con otras instituciones, que está basado en los Principios de Derecho Contractual Europeo y las conclusiones de la Comisión Lando.

El DCFR trata en distintas ocasiones las CGC, y desarrolla una regulación expresa y bastante detallada de las CGC si bien en ocasiones prefiere usar el término más amplio de cláusulas no negociadas individualmente.

Las CGC son definidas en el art. II.–1:109 siguiendo los criterios de redacción previa, aplicación general y falta de negociación:

“II.–1:109: Condiciones generales de la contratación

Se entiende por «condiciones generales de la contratación» todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes.”³²¹

Por otra parte el art. II.–1:110 (1) DCFR trata del supuesto de las cláusulas “no negociadas individualmente”. La existencia de los dos conceptos, el de CGC y el de cláusula no negociada individualmente como categoría más amplia, va a resultar en una utilización alternativa de uno y otro concepto. Así donde parece querer incluir a todo tipo de adherentes (sobre todo a los consumidores en los controles de incorporación, transparencia formal) el DCFR se refiere a cláusulas no negociadas y en cambio cuando trata de adherentes profesionales parece optar por CGC. Así, se refiere a las CGC en la regulación de las batallas de formularios, caso típico de la contratación entre profesionales, donde el art. II.–4:209 DCFR establece la regla de regla del “noqueo” o “*knock out rule*”.

Respecto al control del contenido, el DCFR prevé en su art. II.–9:405 un control de las CGC entre profesionales, considerando abusiva aquella estipulación contenida en CGC que “resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en contra de las exigencias de la buena fe contractual”. En cambio en el caso de los contratos con consumidores (art. II.–9:403) o entre particulares (art. II.–9:404) se requiere que la cláusula no negociada o CGC cause “un perjuicio significativo al consumidor en contra de las exigencias de la buena fe contractual”. Además, en el caso de contratos con consumidores se establece una lista de cláusulas que se presumen abusivas (art. II.–9:410). Este requisito diferencial en el estándar de abusividad para las CGC entre

³²¹ Para el texto español del DCFR, sigo la versión revisada bajo la coordinación de JEREZ DELGADO (VVAA “Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)”, coordinado por C. Jerez Delgado, Madrid, ed. BOE, 2015.

profesionales con respecto a los consumidores viene directamente del art. 3.3. de la Directiva 2000/35/CE, luego sustituida en 2011 por la Directiva 2011/7 (las Directivas de Morosidad que luego veremos), según se señala en el texto explicativo de los DCFR³²².

El art. II.-9:406 DCFR además de otras exclusiones habituales (disposiciones legales, etc..) excluye del control los elementos esenciales del contrato, en su apartado (2):

“(2) Respecto de las cláusulas contractuales que han sido redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible, el control de abusividad no se extenderá, ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación del precio a pagar.”

La aplicación de abusividad requiere además de la consideración de una serie de circunstancias, en particular de la transparencia de las estipulaciones y su interpretación en el conjunto del contrato y el proceso de contratación

“II.-9:407: Factores para tener en cuenta para valorar el carácter abusivo de las cláusulas

(1) A efectos de la presente Sección, para valorar si una cláusula contractual resulta abusiva deberá tenerse en cuenta el deber de transparencia establecido en el Artículo 9:402 (Deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente) del Libro II, así como la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración, y el resto de sus cláusulas o las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa éste.”

Ambos artículos, II.-9:406 y II.-9:407 son comunes tanto a la contratación entre profesionales como con consumidores (y los contratos entre no empresarios).

La importancia del DFCR en cuanto a su tratamiento de las CGC entre profesionales, no deriva tanto de sus posibilidades reales de convertirse realmente en derecho positivo en forma de Código Civil Europeo, sino en la influencia que ya ejerce en otros textos de derecho de la Unión Europea. En algunas propuestas que veremos se menciona expresamente el DCFR, como fuente de inspiración: por ejemplo en la Segunda Directiva de Morosidad, la Directiva 2011/7³²³, o en el Proyecto de Reglamento de Compraventa Europea.

5.2. Propuestas del Grupo de Pavía

Además del DFCR podemos encontrar otras propuestas, si bien no con la misma relevancia. Por ejemplo, en los trabajos del denominado “Grupo de Pavía” se trataba, el tema

³²² VVAA, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editado por C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke. Ed. Sellier, 2009, p. 670.

³²³ Considerando 28 de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero de 2011 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Directiva 2011/7),

de las CGC (artículo 33), aunque abordando el control de su contenido al negarle en el Art. 30.4 efectos a las condiciones generales que establezcan determinadas limitaciones a la responsabilidad, facultad de desistimiento, etc. Se reservaba, sin embargo, el principio de “desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes” a los contratos con consumidores.

5.3. Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT

En cuanto al resto de propuestas de normativas de carácter contractual general, o al menos entre profesionales, habría que destacar asimismo los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” publicados en 1994 por UNIDROIT. Su objetivo era establecer un conjunto de normas equilibradas para su uso en todo el mundo, con independencia de las diferentes tradiciones legales, políticas económicas y sistemas políticos, que lógicamente se aplica a los contratos entre profesionales.

Tras definir en el Artículo 2.1.19³²⁴ las “cláusulas estándar”, el artículo 2.1.20³²⁵ establece como única forma de control del contenido el test de las “cláusulas sorprendentes”, que no incluye nuestra LCGC, y que constituye un supuesto mixto entre los controles de incorporación y de contenido, pues puede referirse tanto a cuestiones formales como de contenido. Se establece igualmente la regla de prevalencia de las estipulaciones individuales frente a las CGC Artículo 2.1.21 y la regla relativa al conflicto de CGC (art. 2.1.22)³²⁶ que suele ser un punto común tratado por la mayoría de las normas y propuestas relativas a la contratación entre profesionales.

³²⁴ Artículo 2.19. (Contratación con cláusulas estándar). “(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.20 al 2.22. (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.”

³²⁵ ARTÍCULO 2.20. (Cláusulas sorprendentes) “(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación”.

³²⁶ Cfr. PERALES VISCASILLAS, P., “La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de UNIDROIT”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 6, 1996, pp. 1498-1514

CAPÍTULO 5: OTRAS FORMULAS DE TRATAMIENTO: NORMAS CONTRACTUALES ESPECÍFICAS Y NORMATIVA DE PROTECCION DE LA COMPETENCIA

1. Introducción

La revisión de experiencias en la regulación de CGC entre profesionales mediante normas generales del derecho de los contratos quedaría incompleta si no abordamos otras dos formas de tratamiento de aquellas que se pueden dar junto a la normativa general, o en lugar de ella.

La primera es todavía de carácter contractual, pero en ella se renuncia ya a hacer un tratamiento general del fenómeno de las CGC. En su lugar se decide abordar o bien aspectos específicos aplicables a distintos tipos de contratos (cláusulas de exención de responsabilidad, o relativas a la resolución de conflictos) o bien hablamos de la regulación típica de determinados tipos de contratos que normalmente se suscriben habitualmente mediante CGC.

La segunda forma de tratamiento es abordar las CGC desde las normas relativas al comportamiento de las partes en el mercado. Son normas que consideran directamente los efectos que se producen con el uso de las CGC, bien para todo el mercado, o para determinados participantes, y que son consecuencia de una situación de desequilibrio. Este desequilibrio en la posición entre las partes puede darse en diversos grados y por motivos diferentes, pero lo relevante es que produce unos efectos negativos para las contrapartes y el mercado. En muchos casos estos efectos negativos vienen establecidos en CGC, y sin embargo generalmente las CGC no son el motivo que lleva a una situación “injusta”, sino solo son manifestación más o un síntoma de una situación que tiene otras causas. Lo relevante no es cómo se introduce la cláusula en el contrato, sino el contexto en el que se produce la regulación contractual y, sobre todo, los efectos, ya se haya llegado a ellos mediante CGC o a través de cláusulas negociadas.

Tradicionalmente las normas de derecho de la competencia se han considerado poco efectivas a la hora de dar un tratamiento adecuado a los retos que suponen las CGC. Tal vez sin embargo haya que revisar con más detalles los supuestos y ver si ese ámbito de intervención no podría ser más eficaz con la adopción de determinados comportamientos por

los órganos reguladores de la competencia en general, y de sectores específicos, como el bancario, en particular, como vimos en la experiencia de Australia antes referida.

2. Tratamiento específico de las CGC en determinados tipos de contratos o cláusulas

Las CGC están presentes en toda la contratación entre profesionales, pero hay contratos que no pueden concebirse sin que partes más o menos amplias de los mismos se regulen mediante CGC, por ejemplo los contratos de distribución comercial. En otros casos, no se trata de tipos contractuales, sino de estipulaciones habituales que se aplican a diferentes contratos (cláusulas de sumisión a fuero, cláusulas de tiempos de pago, etc.). Por eso en ocasiones los legisladores se plantean tratar específicamente los problemas de la regulación habitual de estos contratos o cláusulas, generalmente mediante normas imperativas, que restringen el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes al respecto. A veces las restricciones están ligadas a la forma de determinación del contenido, esto es, se establecen límites a la libertad contractual en un ámbito concreto si el contenido del contrato se ha establecido mediante CGC. Pero en muchas ocasiones la restricción es general y no está ligada a la concurrencia de CGC, aunque estas cláusulas suelen tener en las CGC su ámbito preferente de actuación.

Esta forma de tratamiento presenta una ventaja clara, ya que permite adaptar los problemas que produce la utilización de CGC a un ámbito concreto, considerando los equilibrios que se dan o pueden darse. A la vista de la distribución de riesgos concretos de un tipo de contrato o cláusula, el legislador puede decidir no permitir a las partes realizar su propia distribución de riesgos de forma general mediante normas imperativas. Igualmente puede establecer condiciones específicas a los pactos de las partes por su contenido (permitirlo solo si está justificado en este caso concreto) o por la forma en que se introducen en el contrato (CGC, cláusulas no negociadas, etc.).

Junto a estas ventajas, el tratamiento específico presenta al menos dos tipos de problemas. El primero es la renuncia que supone, al menos parcial, a establecer un régimen general respecto a las CGC, o al derecho de contratos en general. El segundo de carácter más práctico es que este tipo de normas suele recibir más atención y presión por los sectores

afectados que buscan, y en muchos casos consiguen evitar la aprobación de una regulación de carácter muy intervencionista³²⁷.

De las dos formas en que se da este tratamiento especial (no general), las normas que buscan regular ciertas estipulaciones presentes en una pluralidad de tipos contractuales son las más cercanas al tratamiento general, pues se aplican con independencia del contrato en el que se inserten. Son por ejemplo las cláusulas de resolución de conflictos (sometimiento a arbitraje, renuncia a fuero propio, etc.), relativas a pagos, exenciones de responsabilidad, etc. En algunos casos forman parte por su sistemática, del tratamiento general y se entienden como manifestación de las cláusulas generales sobre CGC, como es el caso de las listas negras o grises de cláusulas prohibidas o sospechosas que hemos visto en el derecho alemán y en el derecho portugués y sobre los que no vamos a volver. En otros casos, las normas se formulan de forma independiente, y sin relación con principios generales. Son reglas, generalmente prohibitivas, para pactos o estipulaciones concretas. Un ejemplo concreto lo tendríamos, en el art. 54.2 de la nuestra Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, que prohíbe la sumisión a fuero que no corresponda conforme a la ley española en contratos de adhesión o con CGC. Son normas independientes de la normativa de CGC, pero no inconexas, puesto que para poder aplicarlas necesitamos acudir necesariamente a la LCGC en nuestro caso, para saber cuándo nos encontramos ante CGC.

Junto a este primer tratamiento, encontramos la regulación de determinados contratos o clases de contratos suscritos entre profesionales que de manera habitual se configuran en gran parte, o totalmente, mediante CGC, que es en lo que vamos a sinstir ahora. Así, la regulación de la mayoría de los contratos mercantiles o que frecuentemente se celebran entre empresarios o profesionales es de forma indirecta una regulación de las CGC. La gran mayoría de los contratos de seguro, distribución comercial (en particular los de agencia y franquicia), suministros de servicios básicos, por solo citar algunos que ya hemos visto como fuente de preocupación o problemas en los estudios empíricos, son contratos bajo CGC. Lo mismo puede decirse de otros contratos como los de compraventa, prestación de servicios,

³²⁷ Así, y sin hacer responsable de ello a nadie, en el área de los contratos de distribución, el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución presentado en 2011 (BOFC, Serie A, de 29 de junio de 2011) parece definitivamente enterrado. De hecho los dos ejemplos que veremos con mayor intervención en nuestro país en este ámbito, la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, tienen su origen en sendas directivas comunitarias que igualmente trataremos.

o los contratos de financiación entre profesionales. Si bien en estos la presencia de las CGC puede no ser tan intensa (en particular en los adherentes de mayor capacidad de negociación por su tamaño o alta especialización), su presencia es igualmente muy amplia. La normativa diferenciada de este tipo de contratos es también, por lo tanto, normativa de CGC. Cuando los legisladores regulan estos contratos, lo hacen sabiendo, o al menos debiendo saberlo que se trata de contratos regulados en gran parte por CGC y además, con situaciones de desequilibrio patente entre los contratantes, bien por su tamaño o por sus conocimientos. Pueden así introducirse normas imperativas que suponen un límite a la autonomía de la voluntad de las partes, y por lo tanto de las CGC en contratos entre profesionales.

Sería excesivamente extenso realizar un análisis desde el ámbito del derecho comparado de todos estos contratos. Revisaremos brevemente algunos ejemplos de cada uno de estos dos tipos específicamente en el ámbito de la contratación entre profesionales. Para la regulación de tipos contractuales tomaremos la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (la Directiva de Agencia). Para las cláusulas o estipulaciones nuestro ejemplo será la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por otro lado, y por la relevancia del contrato de compraventa en las relaciones entre profesionales consideraremos brevemente la regulación prevista en la Convención de Viena de compraventa de mercaderías y finalmente la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea.

Esta forma de tratar la cuestión tiene en nuestro país múltiples ejemplos que ya analizamos en el capítulo anterior.

2.1. La Directiva de Agencia

La Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (la denominada “Directiva de Agencia”), constituye uno de los ejemplos recurrentemente citados de intervención de los organismos comunitarios en materias contractuales en ámbitos distintos de la protección de los consumidores.

La Directiva de Agencia no regula, ni siquiera menciona, las CGC o las cláusulas no negociadas, pero se trata de una norma que tiene aplicación preferente a las CGC porque la inmensa mayoría de los contratos de agencia se celebraban y se siguen celebrando sujetos a CGC. Lo relevante es que se realiza una regulación detallada de este tipo de contratos, donde en general las situaciones de poder de negociación de una parte, los agentes, son generalmente de debilidad y dependencia respecto a los empresarios para los que negocian y concluyen el acuerdo.

Es por esta razón que la Directiva de Agencia establece una serie de principios y reglas que frecuentemente no se pueden modificar por las partes (art. 5, respecto a las obligaciones principales de las partes) o al menos no en perjuicio del agente, por ejemplo el art. 10.4, respecto al devengo y pago de comisiones, el art. 15.2 respecto a los plazos de preaviso para la finalización, y el artículo 19 respecto al derecho de indemnización, etc. Además de estas disposiciones concretas, los artículos 3 y 4 establecen la obligación general de cada una de las partes del contrato de actuar “de forma leal y de buena fe”, respecto a la otra parte.

2.2. Las Directivas de Morosidad

Una de las áreas preferentes de actuación de la Unión Europea en relación con los contratos fuera del ámbito del derecho de los consumidores, y directamente relacionado con la protección de las PYMES, es la lucha contra la morosidad.

En este sentido, se aprobó en 2000 la primera directiva de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (la “Primera Directiva de Morosidad”), sustituida en 2011 por una segunda directiva, la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 (la “Segunda Directiva de Morosidad”, y conjuntamente con la anterior las “Directivas de Morosidad), por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, más amplia y detallada.

En ninguna de las dos Directivas de Morosidad había referencias a las CGC, ni las medidas en ellas previstas requerían estar incluidas en CGC, ni siquiera en condiciones no negociadas. Sin embargo, a menudo, las cláusulas que tienen que ver con las materias de las Directivas de Morosidad se encuentran recogidas precisamente en las CGC.

En el caso de la Primera Directiva de Morosidad la referencia era a “cualquier acuerdo sobre la fecha de pago o sobre las consecuencias de la demora” (art. 3.3.), mientras que el concepto se amplía en la Segunda Directiva de Morosidad “una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro” (Art. 7.1.).

Esta situación, que puede dar lugar a pactos o situaciones abusivas se considera sin embargo por ambas Directivas de Morosidad de forma muy cuidadosa tratando de no aislar las cláusulas particulares de su contexto. Así en la Primera Directiva de Morosidad se requería analizar “todas las circunstancias del caso, entre ellas los usos habituales del comercio y la naturaleza del producto” y “entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva” para apartarse de lo previsto en la Directiva, antes de ser considerado un pacto abusivo. Similar es el texto de la Segunda Directiva de Morosidad, que sin embargo añade, en línea con el DCFR, los conceptos de “actuación contraria a la buena fe y actuación leal” y establece en su artículo 7.1, párrafo segundo:

“Para determinar si una cláusula contractual o una práctica es manifiestamente abusiva para el acreedor en el sentido del párrafo primero, se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas:

- a) cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal;
- b) la naturaleza cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal del bien o del servicio, así como
- c) si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora, del plazo de pago estipulado en el artículo 3, apartado 5, el artículo 4, apartados 3, 4 y 6, o de la cantidad fija a la que se hace referencia en el artículo 6, apartado 1.”

Se establece luego la consideración como cláusula o práctica “manifiestamente abusiva” la exclusión del interés de demora (art. 7.2.) y presunción del mismo carácter para la exclusión de la compensación por los costes de cobro (art. 7.3).

La sanción de una cláusula o práctica abusiva no es únicamente la nulidad (que no sea aplicable, si hablamos de prácticas), sino también que “pueda dar lugar a una reclamación por daños” (art. 7.1 párrafo primero).

A nuestros efectos, lo más destacado de las Directivas de Morosidad es que no consideran como relevante el concepto de CGC, aunque tengan en ellas su ámbito de aplicación preferente. De hecho ni siquiera necesitamos estar ante una estipulación

contractual a partir de la Segunda Directiva de Morosidad, ya que muchas de estas situaciones de dan por la vía de los hechos. Los riesgos y los abusos no están ligados a una forma de determinación del contenido contractual, sino a concretas situaciones de desequilibrio entre los contratantes a la hora de establecer los términos de sus relaciones. Se supera pues el marco formal del modo de establecimiento de la relación para entrar en el contenido material y distribución de riesgos.

2.3. Otras normas o propuestas de singular relevancia en la práctica entre profesionales

2.3.1. La Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea

Aunque existan en estos momentos serias dudas sobre si finalmente la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea (o como es conocida “*Common European Sales Law*” o “CESL”)³²⁸ vaya a salir finalmente adelante, la relevancia del contrato de compraventa hace recomendable una revisión de su regulación. Se trataría de un régimen opcional en los países de la Unión Europea, que se sumaría al propio del derecho nacional de cada país y a la Convención de Viena 1980, conformando una tercera fórmula de regulación posible.

Se trataba de una regulación especial por el objeto y por su ámbito subjetivo. Por el objeto era especial ya que se refería solo a un tipo de contratos, los de compraventa, los contratos de suministro de contenidos digitales³²⁹ y los contratos de servicios relacionados (art. 5 CESL). Era especial en su ámbito subjetivo porque en principio requería que al menos una de las partes fuera un consumidor o una pequeña o mediana empresa (art. 7.1. CESL), si bien el art. 13.2. CESL preveía la posibilidad de que los estados lo ampliaran a situaciones en que todas las partes fueran comerciantes.

Así el art. 7.2. CESL definía como PYME:

“A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que

(a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y

³²⁸ Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD))

³²⁹ Los contenidos digitales, sin embargo, han sido entretanto regulados en la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo, en materia de contratos celebrados entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales, y los de venta de productos online ha quedado cubierto por la Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

(b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país.”

Básicamente la Propuesta de Directiva de Compraventa Europea estaba excluyendo empresas con una gran capacidad económica, de recursos y de autoprotección.

Dentro de estas líneas de aplicación especial, los principios del tratamiento presentaban una influencia muy importante del DCFR. La regulación del CESL era prácticamente idéntica a la que antes explicamos para el DCFR. Así era igual la definición de CGC (Art. 2 d) CESL), y la carga de la prueba (art. 7. CESL), las normas de incorporación (art. 70 CESL), el principio de interpretación *contra profrentem* (art. 65 CESL), la incompatibilidad entre CGC (art. 39 CESL) y el control de contenido de las CGC entre profesionales (art. 86.1 CESL) , incluidos los factores a tener en cuenta para considerar una cláusula abusiva (art. 86.2 CESL), con la única excepción de las menciones al principio de transparencia. Esta parecía ser la única diferencia notable entre ambos textos, pues el deber de transparencia parecía solo predicarse de contratos con consumidores (en el art. 82 CESL) y no de los contratos entre empresarios.

Como señalábamos anteriormente, la viabilidad de esta propuesta está en entredicho, y en particular precisamente las cuestiones relativas a la aplicación de las normas de la Unión Europea a los contratos entre profesionales. Como se sabe, partes importantes de la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea han sido objeto de tratamiento separado mediante dos directivas, la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes y la Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Ambas incorporan una parte importante del contenido previsto en la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea, se aplican únicamente a los consumidores, dejando la cuestión de ampliar o no la protección más allá, a los profesionales, a la decisión de los estados nacionales.

2.3.2. La Convención de Viena sobre contratos para la compraventa de mercaderías de 1980

Finalmente hay que hacer notar el tratamiento de las CGC en otros textos de “derecho contractual internacional” con un ámbito de aplicación específico para cierto tipo de

contratos o cláusulas que pueden resultar de aplicación en el tráfico internacional entre profesionales o conformarse como modelo para futuras reformas legislativas³³⁰.

El más relevante probablemente es la Convención de Viena sobre contratos para la compraventa de mercaderías de 1980 (la “Convención de Viena”). La Convención de Viena no contiene ninguna referencia a los contratos bajo CGC, tal y como parece consagrar el Art. 4 de la Convención, que establece que

“La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular: a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso; b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.”

Tal omisión, parece además haber sido voluntaria, ya que como ha señalado HELLNER³³¹ durante el proceso de preparación de la Convención se alzaron voces protestando por la falta de atención de la Convención al “derecho vivo” que se encuentra en las CGC³³². Sin embargo, la Convención de Viena está directamente relacionada con diversos instrumentos internacionales como los INCOTERMS, las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, entre otros, que en la práctica se incorporan al contrato como CGC, de los que luego hablaremos y trata supuestos propios de la contratación entre profesionales.

2.3.3. Las normas especiales del Marco Común de Referencia

Finalmente, el DCFR que vimos anteriormente, junto a unas reglas generales sobre las CGC entre profesionales, regula también expresamente situaciones en que se considera que en contextos de contratos concretos, determinadas cláusulas no resultan abusivas. Consideramos que este punto es muy relevante porque muestra un esfuerzo de coordinación entre la normativa transversal (la de CGC) y la especial de los tipos de contratos. Se trata de

³³⁰ Así, por ejemplo, ha sido en la reciente Ley 60/2003, de 3 de diciembre de Arbitraje, con una gran influencia de la correspondiente Ley Modelo UNCITRAL.

³³¹ Cfr. HELLNER, J. “The Vienna Convention and Standard Form Contracts”, en *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* editado por P. Sarcevic y P. Volken, Oceana, Nueva York, 1986, pp. 336-337 (el artículo está disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hellner>). La principal razón para dicha inclusión parece haber sido que al inicio de los trabajos preparatorios, el debate sobre las CGC apenas había empezado, a pesar de que, durante el largo proceso de preparación de la Convención muchos países hayan introducido una normativa al respecto. El autor señala sin embargo algunas implicaciones interesantes de la Convención desde el punto de vista de las CGC, y expresa su deseo de que éstas sean objeto de algún tipo de tratamiento unificador, cosa que, sin embargo, ve con pesimismo.

³³² Burke, J. “*Reinventing ...*”, o.c.

una cuestión de la máxima importancia, pues muchos de los tipos de contratos que se regulan en el DFCR de forma específica, se celebran de forma habitual mediante CGC. Así el DFCR señala que no se considerarán abusivas a los efectos del art. II.-9:405 (CGC abusivas entre profesionales) determinadas limitaciones de responsabilidad del diseñador (art. IV.C.-6:107) o la responsabilidad del depositario (art. IV.C.-5:109), o del procesador (IV.C.-4:108), y otros supuestos similares cuando esta se configura hasta el importe allí señalado, y fuera de los casos de conductas dolosas o gravemente negligentes.

3. Tratamiento de las CGC por las normas de protección del mercado

3.1. Introducción

Finalmente, hay que considerar cómo actúan en el ámbito de las CGC las medidas de protección del mercado, y en particular la protección de la competencia y la competencia desleal. Son normas que deberían procurar un marco de la contratación lo más equitativo posible y facilitar la eliminación de las peores CGC.

Sin embargo, no parecen haber sido muy eficaces a la hora evitar la presencia de CGC abusivas. Como luego veremos, una de las razones fundamentales por las que se considera que las CGC deben ser objeto de control de contenido, es porque los problemas que plantean se deben a fallos de mercado que la normativa protectora de la competencia no ha podido resolver, al menos parcialmente. Como luego veremos, es frecuente destacar la inexistencia de competencia entre CGC o dentro de un mercado de CGC. Se entiende que si hubiera auténtica competencia, los oferentes de “peores” CGC serían eliminados del mercado, desplazados por quienes ofrecieran “mejores CGC” para los adherentes³³³. Dado que la realidad parece demostrar lo contrario (predominio de las peores CGC) parece que los mercados, y las normas que deberían proteger la competencia en los mismos, no estarían funcionando correctamente, lo que hace necesaria la intervención en forma de mecanismos de control.

³³³ ALFARO AGUILA REAL, J. *Las condiciones...*, o.c., pp. 175-176. Sería la explicación “inocente” de POSNER de la que hablaremos en el capítulo siguiente.

3.2. Las normas de protección del mercado para tratar problemas de CGC y el papel de los reguladores

Frecuentemente los problemas de CGC se entrelazan y superponen con otros problemas, en que una de las partes contractuales está en una posición de preponderancia muy acusada respecto a la otra, situación que le permite comportamientos abusivos. El predisponente tiene una posición de dominio, absoluto o relativo, respecto a la otra parte, que se encuentra en posición de dependencia. Se dan así CGC en situaciones monopolísticas, de abuso de posición dominante o de abuso de dependencia económica, situaciones todas ellas contempladas por la normativa de protección de la competencia o de la competencia desleal³³⁴.

Es frecuente en estas circunstancias que los problemas que acarrea la posición de preponderancia de una parte se manifiesten en CGC, pero puede hacerlo igualmente de otras formas, bien mediante cláusulas negociadas individualmente o al margen del contrato, mediante prácticas extracontractuales. Esta concurrencia de situaciones puede llevarnos a una cierta confusión entre el tratamiento de los problemas, y tratar como problema propio de las CGC, situaciones que pueden ser abordados por otros medios.

Ya hemos visto cómo en determinados países las CGC entre profesionales son tratadas por normas de protección de la competencia o cercanas a ellas, como es el caso del Código de Comercio francés, del Código de Derecho Económico belga o en Italia, mediante la Ley No 192 de 1998 de Disciplina de subcontratación en las actividades de producción.

En realidad ninguna de estas normas requería para su aplicación la existencia de CGC, aunque por la abundancia de CGC en la contratación, es lógico que encuentren en estas un campo preferente de aplicación. En ellas el elemento determinante es la existencia de una situación de desequilibrio, o abuso, que se concretaba en una o varias cláusulas, muchas veces CGC.

Tanto el uso de CGC como las situaciones de preponderancia comparten una causa y una posible consecuencia. En ambas se necesita una posición de superioridad por parte de una de las partes para establecer de manera unilateral las condiciones del contrato, bien

³³⁴ La cuestión de la existencia de abuso de posición dominante (art. 2) LDC) y de abuso de situación de dependencia económica (art. 16.2 LCD) es compleja y su tratamiento está regulado por las normas de derecho de la competencia y la competencia desleal.

mediante CGC o de otra forma. También las dos comparten la posible consecuencia y es que las condiciones de la relación contractual no sean apropiadas a los estándares de justicia que consideramos que deben concurrir en la relación entre profesionales.

Pero también existen diferencias. Las relaciones de preponderancia no se centran en el aspecto contractual (el “cómo”), sino en la relación subyacente (el “por qué”) y en las consecuencias económicas de su concreción que se consideran excesivas, con independencia de la forma en que se formalizan contractualmente las relaciones, considerando además de forma especial el efecto en el mercado. Lo relevante en estos supuestos de abuso de posición dominante o de situación de dependencia económica no es el cómo se han introducido las cláusulas en el contrato, mediante CGC, sino por qué se llega a un cierto resultado. Además requieren generalmente que el nivel de preponderancia (concurrir una posición de dominio, una práctica colusiva contra la competencia o una posición de dependencia económica) sea mucho más intenso de lo que es exigible en el ámbito de CGC. Las CGC requieren de un elemento de imposición, y no es necesario que haya presión o fuerza³³⁵.

Se va a tratar en muchos casos de una alternativa de tratamiento para al menos una parte de las CGC con algunas ventajas. Encuadrar el tratamiento de las CGC en las normas protectoras del mercado posibilita la participación de las autoridades reguladoras, bien a cargo de la competencia en general o de la supervisión de determinados sectores. Una posición más activa de los reguladores, generales de la competencia o sectoriales, por ejemplo el Banco de España en el ámbito financiero podría evitar la utilización de fórmulas contractuales o de CGC que no se corresponden con buenas prácticas comerciales. Ya vimos que a raíz de la normativa australiana de protección de pequeños empresarios frente a cláusulas abusivas, la Comisión de Protección de la Competencia y los Consumidores de ese país estaba desarrollando una política activa de persecución de las CGC que entendía que no cumplían con los principios de equidad y justicia de su normativa sobre CGC. Sin embargo hasta ahora, al menos en el contexto español, las autoridades de defensa de la competencia han mostrado poco interés respecto a las CGC, probablemente porque han preferido

³³⁵ Llega en ocasiones, como vimos en la normativa alemana o en el DFCR, a considerarse únicamente la “introducción” de las CGC en el contrato como mero elemento fáctico, desprovisto de toda consideración de presión, incluso indirecta, sino como regla de atribución de la posición de predisponente.

concentrarse en otras prácticas que considerarán de mayor repercusión práctica, en particular los relativos a la fijación de precios, reparto de mercados, etc.

3.3. Experiencias con el tratamiento de las CGC en el ámbito del derecho de la competencia

Uno de los problemas de las CGC es que es frecuente, en particular en determinados sectores, la falta de alternativas, de CGC diferentes. El adherente no tiene la posibilidad ni de negociar con el predisponente ni buscar alternativas a las estipulaciones que pudieran no ser convenientes ya que otros oferentes de este bien o servicio usan similares CGC. En otros casos el problema no es ya la gran similitud entre formulaciones, sino que se ha dado un paso más y se ha producido una estandarización de las CGC, las denominadas CGC de segundo grado. Se trata no ya de las estipulaciones que prepara una empresa, sino que se han establecido expresamente CGC para un sector, práctica o contrato.

En ambos casos, la cuestión relevante es que el adherente no tiene en el mercado una alternativa a la propuesta, lo que, entre otras muchas razones, justifica la intervención del legislador en las CGC entre profesionales, es lo que se denomina la “ausencia de un mercado de CGC”.

En principio, las distintas legislaciones nacionales del ámbito del derecho de defensa de la competencia prevén fórmulas para incentivar la competencia y evitar las prácticas restrictivas o abusivas, tanto a nivel horizontal como vertical. Así, en la Unión Europea existe una larga tradición de protección de los mercados, actualmente recogida en el art. 101.1 el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), donde se prohíben expresamente “los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción”. En el art. 101.2 TFUE los acuerdos así prohibidos se consideran nulos de pleno derecho, mientras que en el art. 101.3 de la misma norma se establece la posibilidad de determinadas exenciones por acuerdos o categorías de acuerdos, recomendaciones o prácticas.

Aunque el derecho de la competencia suela centrarse en cuestiones derivadas de los precios de venta u otras condiciones similares, nada hace que en principio no pueda ocuparse

de las “otras condiciones de transacción”, como son las CGC, siempre y cuando estemos ante recomendaciones o decisiones de asociaciones o prácticas concertadas. Así lo ha entendido de hecho el legislador comunitario que lo ha reflejado en los distintos reglamentos de exención³³⁶. Se han planteado hasta ahora dos supuestos al respecto que pueden resultar interesantes, en relación con esa coincidencia de CGC que pasamos a examinar.

3.3.1. Las CGC de segundo grado como posible forma de recomendación prohibida.

Como hemos visto existen en el mercado lo que conocemos como CGC de segundo grado, las que se utilizan de forma general en un sector o tipo de contrato, donde se ha producido un segundo proceso de estandarización entre las CGC aplicadas por empresas distintas para una misma práctica, sector o industria. Estas CGC pueden tener importantes ventajas (facilitar el conocimiento de las normas a los participantes en el mercado), pero su utilización general en un sector restringe el ámbito de elección de los adherentes, que no van a tener alternativas en el mercado

Desde esa perspectiva cabe considerar si estas CGC de segundo grado constituyen una recomendación prohibida a los efectos del art. 101.1 TFUE. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que no debían considerarse como una recomendación prohibida en el caso considerado en su sentencia de 21 de enero de 1999 (asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, *Cario Bascagno y otros c/ Banca Popolare di Novara soc.coop.arl. y Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA*). El TJUE estimó que el uso de las “Normas bancarias uniformes” (*Norme bancarie uniforme*) en Italia no lesionaba los antiguos artículos 85 y 86 del TCEE. El TJUE consideraba que estas Normas bancarias uniformes constituían una mera orientación, carentes de cualquier valor vinculante, y que tampoco tienen valor de recomendación a los efectos de considerarlas como una práctica colusiva, por lo que cualquier miembro tenía la facultad de valerse de ellas o no, así como de introducir en ellas todas las modificaciones que considerase apropiadas. De todas formas parece que el Banco de Italia advirtió que su eventual carácter vinculante podía afectar al

³³⁶ Así se establecían en el Reglamento No 270/1999 de 22 de diciembre de 1999 exenciones a acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de la distribución especialmente, y que afectaban a algunos tipos de contratos típicamente suscritos bajo CGC, como son contratos de distribución en exclusiva, contratos de franquicia, etc. Este reglamento ha sido sustituido por el Reglamento 330/2010 de 20 de abril de 2010, más genérico en su terminología pero con similares consecuencias.

juego de la libre competencia, y por eso los bancos decidieron introducir modificaciones en las condiciones que aplicaban a sus clientes ³³⁷.

3.3.2. Las CGC como prácticas concertadas

Un segundo aspecto a analizar es si la coincidencia en un sector de contratos con CGC muy similares puede considerarse como una “práctica concertada”, y estar por lo tanto prohibida. Nuestro derecho de la competencia, como otros del ámbito europeo y del norteamericano, tienen un concepto amplio de las prácticas colusorias prohibidas que pudiera incluir esa coincidencia de CGC. Así el artículo art. 1.1. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, prohíbe:

" ...todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. [...]"

Una “conducta conscientemente paralela” de empresas del mismo sector, generalmente competidoras, que consista en la adopción de CGC muy similares puede ser el resultado de una práctica colusiva entre ellas, pero también una respuesta independiente a las características del mercado. El supuesto más frecuente que encontramos en la práctica es el de CGC que responden básicamente a las mismas preocupaciones y en los mismos sentidos, teniendo redacciones diferentes de forma pero coincidentes en el fondo en cuanto al sentido de la regulación. Esta situación podría encajar en una “práctica consciente paralela”, siempre y cuando el objetivo o efecto real sea el de impedir o falsear la competencia.

La mera coincidencia de CGC no parecería sin embargo suficiente para considerar que estamos en una práctica prohibida por la normativa de defensa de la competencia. En el caso de la normativa española, nuestros tribunales han revisado situaciones en que sin abordar directamente la cuestión de las CGC desde el punto de vista del derecho de la competencia, sí que han tratado situaciones que incluyen contratos con CGC con gran nivel de similitud. El Tribunal Supremo tuvo ocasión de tratar la cuestión en los diversos recursos presentados

³³⁷ MARIN LOPEZ, J.J., “El ámbito ...”, o.c., p. 128, nota 28.

por cinco distribuidoras de películas a la sanción impuesta contra ellas por el Tribunal de Defensa de la Competencia³³⁸. La sanción se basaba por infracción de la prohibición de prácticas colusorias, por haber alcanzado las empresas un acuerdo para uniformizar las condiciones de contratación utilizadas por cada una de ellas en sus relaciones comerciales con los exhibidores cinematográficos, en diversos aspectos tales como los sistemas de liquidación, precio, cobro, control de recaudación, publicidad de las películas, selección de salas, tiempo de exhibición y entrega y devolución de copias, etc. Como señala ROBLES MARTIN-LABORDA el comportamiento paralelo de las empresas distribuidoras no es sancionado en las sentencias reseñadas en cuanto tal, sino por “inferir la existencia de una conducta anticompetitiva”³³⁹, que es lo que realmente se sancionaba.

En estas sentencias, la Sala Tercera del Tribunal Supremo señala que “la existencia de una pluralidad de contratos justifica la existencia de contratos tipos en una distribuidora, pero no justifica que todas las distribuidoras uniformen las condiciones de esos contratos tipo”³⁴⁰.

En otro caso en EEUU relacionado con esta materia y analizado también por ROBLES MARTINEZ-LABORDA³⁴¹ se muestran las limitaciones que ofrece el derecho de la competencia para tratar la materia de las CGC. El Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de EEUU tuvo ocasión de considerar la materia en una Sentencia de 19 de noviembre de 2015³⁴² y confirmó la decisión previa del tribunal de distrito de Nueva York relativa a una demanda colectiva presentada por titulares de tarjetas de crédito contra los

³³⁸ Se trataba de las cinco principales empresas distribuidoras de cine en España, filiales o empresas integradas verticalmente con distribuidoras o productoras de estudios norteamericano. Las resoluciones son las STS de 13 de noviembre de 2015 (Roj 4857/2015, Roj 4921/2015, Roj 4922/2015, y Roj 4863/2015) y la STS de 10 de noviembre de 2015 (Roj 4861/2015), todas ellas de la Sala Tercera.

³³⁹ ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. “El Supremo confirma la sanción a las distribuidoras cinematográficas (sobre el concepto de práctica conscientemente paralela)” en la web *Competencia y regulación* (web). “<https://derechocompetencia.blogspot.com/2015/12/el-supremo-confirma-la-sancion-las.html>” (consultado el 1 de septiembre de 2020)

³⁴⁰ FJ Primero STS de 13 de noviembre de 2015 (Roj 4921/2015).

³⁴¹ ROBLES MARTIN-LABORDA, A. “La similitud de las condiciones generales como indicio de práctica concertada: el caso de las tarjetas de crédito (en Estados Unidos)” en la web *Competencia y regulación* (web). Disponible en <https://derechocompetencia.blogspot.com/2016/01/la-similitud-de-las-condicione.s.html>. (consultado el 1 de septiembre de 2020)

³⁴² Ross v. Citigroup, Inc., No. 14-1610 (2nd Cir. Nov. 19, 2015).

bancos emisores de estas³⁴³. En este caso, las CGC de los emisores de tarjetas de crédito (emisores que constituyen un mercado que el mismo tribunal había calificado mercado calificado de oligopólico) requerían de los adherentes, entre otros, que cualquier controversia habría de ser sometida a arbitraje, y se excluía la posibilidad del ejercicio de acciones colectivas.

El tribunal consideraba que la adopción de CGC idénticas o similares en cuanto al fondo, habría sido realizada en este caso de forma conscientemente paralela, pero eso no era suficiente para, desde el punto de vista de la competencia, considerar que suponían una práctica colusiva prohibida. Tanto en EEUU como como bajo la normativa europea son necesarios “factores adicionales que evidencien que dicha conducta es resultado de la colusión y no de la mera interdependencia, a no ser que, dadas las características del mercado, falte cualquier otra posible explicación para la conducta enjuiciada.”, como señala ROBLES MARTIN-LABORDA³⁴⁴. En ausencia de pruebas de la colusión o de otra explicación plausible, si es factible concluir que la decisión de incluir las CGC se adoptó por los participantes, en este caso, por cada uno de los bancos emisores sin buscar actuar de manera concertada, no habría práctica colusiva. Por lo tanto no tiene sentido la intervención desde el punto de vista del derecho de la competencia ni posibilidad de intervenir respecto a las CGC.

³⁴³ Estos bancos representaban conjuntamente de más del 80% de cuota de mercado.

³⁴⁴ ROBLES MARTIN-LABORDA, A. “La similitud ...”, o.c.

CAPÍTULO 6: LOS FUNDAMENTOS DE CONTROL DE LAS CGC EN GENERAL. INTENTANDO REPRODUCIR EL DEBATE INEXISTENTE

1. Introducción: la relevancia de los fundamentos de control y la distinción entre adherentes profesionales y consumidores.

1.1. Relevancia de los fundamentos de control del contenido

La existencia de controles de contenido diferentes para las CGC frente al resto de los contratos que no incluyen este tipo de cláusulas constituye un asunto fundamental en el análisis y tratamiento de las CGC. Son estos controles los que, en el fondo, dan sentido a la categoría misma: abordar la cuestión de las CGC o de su régimen jurídico “es hablar de control de contenido”³⁴⁵.

Los controles de contenido tratan de compensar los riesgos que genera el uso de CGC y hacer estos compatibles con la necesidad de uso de CGC y las ventajas que suponen. Al tratarse de normas horizontales que afectan a múltiples sectores de la contratación (de hecho, diríamos que a la mayoría del tráfico mercantil) los intereses en juego son muy altos, y deberíamos esperar que los resultados de cualquier regulación sean beneficiosos para el mercado y la economía en su conjunto. Por lo tanto, hay que buscar formas de actuar que, en la medida de lo posible, no solo sean satisfactorias para los contratantes afectados, sino que sean eficientes para el tráfico.

La introducción de controles específicos para las CGC de forma diferenciada frente a los contratos negociados requiere profundizar en cuáles son los problemas que generan las CGC, los mecanismos más adecuados de abordarlos, y los efectos individuales y globales de su tratamiento.

Para las teorías contractualistas sobre la naturaleza de las CGC, hoy dominantes, las CGC son un modo o técnica de determinación del contenido contractual. Son una forma de actuación necesaria en el actual tráfico jurídico-económico, que difícilmente puede prescindir de ellas. Siguiendo un enfoque más o menos formalista, son neutras respecto a su

³⁴⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c. p. 81.

contenido. Esta sería la explicación “inocente” de las CGC, como la denomina POSNER³⁴⁶. Por otro lado, la experiencia nos demuestra que cuando estamos ante un contrato con CGC, podemos constatar que estas son proclives a “excesos” en los derechos y facultades contractuales a favor del predisponente en detrimento del adherente, es decir que su consecuencia no es tan neutral.

Desde el comienzo del estudio de las CGC, hace más de un siglo, se ha visto que la forma en que se determina el contenido del contrato implica riesgos de establecimiento de un régimen que se percibe como “desequilibrado”. La finalidad última de la normativa sobre CGC sería pues evitar resultados que se entienden injustos o abusivos. Como señala DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN se trata de articular “un régimen jurídico que haga posible el deseo de evitar o en su caso reprimir los posibles abusos a que puede dar lugar la situación preponderante de una de las partes”³⁴⁷.

El objetivo de lograr una mayor justicia en las relaciones contractuales parece chocar de forma frecuente con el principio de seguridad jurídica. Las partes, al establecer en el texto del contrato sus pactos, generan una expectativa recíproca, y en general para el tráfico, de atenerse a lo acordado. Intervenir judicialmente en el contrato *a posteriori* eliminando determinados acuerdos que sean perjudiciales para los adherentes puede permitir comportamientos oportunistas por parte de los adherentes, que pueden ser tan injustos como los del predisponente al imponer las CGC. Se pide la intervención del juez cuando ya se conoce el resultado de la concreción de riesgos para que se reescriba el contenido de la relación contractual. Además se le permite hacerlo solo en parte (respecto a las cláusulas que sean adversas al adherente, que es quien demandará su nulidad) y con herramientas limitadas (aceptar o rechazar la cláusula).

Para ser más justa, y sobre todo más eficiente, la intervención mediante controles debería primar los riesgos específicos que implica esta forma de contratación: ¿es el hecho de la ausencia de negociación lo que determina que haya que compensar o equilibrar la menor capacidad del adherente para influir en el contenido contractual, como sostiene la

³⁴⁶ POSNER, V, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977, p. 86

³⁴⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Ed. Civitas, Sexta edición, 2003, p. 419.

doctrina clásica? ¿O es la redacción previa la que permite al predisponente asegurarse una regulación más favorable a su posición, como señalan con más fuerza quienes ven en el abuso del predisponente el riesgo de las CGC? ¿O es el uso generalizado en una pluralidad de contratos lo que produce una ventaja de costes y una asimetría informativa?

No es una tarea fácil, como ya advertía DE CASTRO Y BRAVO:

“La tarea que con ello se le ha impuesto a la doctrina [averiguar cuáles son los motivos alegables para impugnar las cláusulas contenidas en unas condiciones generales, unidas o incorporadas a un contrato desde el punto de vista del derecho privado] puede calificarse, sin exageración, de formidable. Supone, nada menos, que afrontar las dificultades más graves que entraña el dogma de la autonomía de la voluntad.”³⁴⁸

La respuesta a las preguntas anteriores, siendo las CGC un fenómeno complejo que requiere de múltiples requisitos no está en realidad en uno solo de los factores sino en la conjunción de todos, y especialmente su interacción y retroalimentación. Por algo precisamente la LCGC, como otras leyes, define las CGC en torno a las notas de imposición, predisposición y uso general. Puede decirse que son como el Espíritu Santo, tres complicaciones distintas para un verdadero problema.

De la experiencia práctica y la comparada que hemos visto previamente en este trabajo, surge la sospecha de que el problema no está en ocasiones en las CGC, sino en el contexto económico y de mercado en que se producen los desequilibrios, que se manifiestan igualmente en contratos con CGC y en otros contratos individuales o negociados de forma extensa. Por eso, de cara a la intervención hay que considerar la situación de las partes, la regulación o no de la materia objeto del contrato (si hay o no un derecho dispositivo aplicable a ese contrato) y el sector económico concreto, en síntesis el contexto de la relación contractual. Tener en cuenta estos elementos desde una norma general horizontal para todas las CGC es especialmente difícil. Como han explicado GOMEZ-POMAR y ARTIGOR GOLOBARDES “la contratación en masa, y singularmente la financiera, genera efectos globales o generales no solo en la economía (en el propio sistema financiero) sino en el funcionamiento del Derecho y a administración de Justicia. Las malas y buenas soluciones

³⁴⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones...*, o.c., p. 321.

que ofrezcamos van a transmitir sus ondas favorables o perniciosas al conjunto del sistema jurídico”³⁴⁹.

1.2. Falta de auténtico debate en España: nuestro intento de recreación

La necesidad de protección ante las CGC de los profesionales, en particular de los pequeños y medianos, mediante controles de contenido se considera prácticamente una premisa fuera de discusión en algunos ámbitos. Es, simplemente, una base de la que partir, siendo, en cambio, objeto de debate el cómo desarrollar esa protección³⁵⁰.

Como señalamos con anterioridad, a pesar de que tanto en la Memoria que acompañaba al Anteproyecto de LCGC como en el correspondiente Dictamen del Consejo de Estado se hablaba de “debate”, en realidad, este parece inexistente o muy limitado. Los distintos anteproyectos de ley sobre la materia, que luego examinaremos, se mostraban favorables sin excepción a la inclusión de los profesionales en su ámbito subjetivo y en la aplicación de controles del contenido de las CGC a todos los contratos. La doctrina se manifestaba en el mismo sentido.

Tampoco se dio este debate, pese a las enmiendas citadas, en el curso de su tramitación parlamentaria. Durante la tramitación parlamentaria de la LCGC, se presentaron varias enmiendas que pretendían proteger a los empresarios y extender a ellos el control del contenido con el argumento —que también se incluye en de la Exposición de Motivos de la LCGC— de que “esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante” (LCGC, EM, párrafo 8). Sin embargo,

³⁴⁹ Cfr. GOMEZ-POMAR, F. y ARTIGOR GOLOBARDES, M., “Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente en la hipotecaria” en *ADC*, vol. 73 N° 1, 2020, p-91.

³⁵⁰ Por todos ellos podemos considerar la ya repetida voz de ALBIEZ DOHRMANN, como bien señala el propio título de alguna de las obras (*La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*) y de MATO PACÍN, pues como se detalla y resume en el prólogo del mismo trabajo por SANTOS MORÓN: “La idea de la que parte la autora es que el déficit de autonomía y libertad contractual que caracteriza el proceso de celebración de los contratos con condiciones generales justifica la existencia de un control de contenido dirigido a garantizar que el resultado negocial sea similar al que se hubiera alcanzado de haber existido verdadera autodeterminación” (SANTOS MORÓN, M. J., “Prólogo”, en MATO PACIN, M. N., *Cláusulas Abusivas y Empresario Adherente*, Ed. BOE, 2017, p. 18). Es verdad que todos ellos matizan que no se trata de introducir los mismos controles exactamente que en el caso de los consumidores y reconocen las diferencias existentes, pero la necesidad de los controles es en todos los casos un punto de partida básico.

dichas enmiendas se rechazaron con el argumento genérico de que “podrían introducir un factor de rigidez no aconsejable desde una perspectiva de competitividad empresarial”³⁵¹.

Sí se había dado esta discusión en su día en otros países, como en Alemania, actualizada en los últimos años ante los posibles excesos en su regulación o aplicación práctica. Igualmente, el debate, con voces a favor y en contra, se ha producido en Portugal, en el Reino Unido o Australia durante la tramitación hace unos años de una iniciativa prelegislativa similar, como vimos especialmente en los primeros capítulos de este mismo estudio.

Por lo tanto, en este Capítulo trataremos de reproducir un posible debate, en realidad inexistente en España en su día, y que aún hoy es limitado, sobre el control de contenido a las CGC, y en particular respecto a los profesionales. Por un lado, la doctrina, se inclina por los controles mayoritariamente, si bien con argumentos diferentes. Las críticas que vemos a algunos planteamientos, especialmente por parte de la doctrina “tradicional”, no lo son tanto porque los resultados que se propongan sean distintos, sino porque se consideran mejor fundados en otro tipo de metodología (mercado, análisis económico, etc.).

Por eso, vamos a presentar junto a los argumentos que tradicionalmente expone la doctrina española a favor de la regulación, otras explicaciones y voces discordantes, y en particular, las que se han escuchado en los procesos de consulta en otros países que vimos en los primeros capítulos especialmente. Como se verá, salvo en algunos casos concretos, vamos a procurar explicar los argumentos, no criticarlos o rebatirlos individualmente, sino, más adelante, valorarlos en su conjunto para considerar si es posible una solución intermedia o no.

1.3. El marco de las CGC: factores históricos y económicos que determinan su aparición y sujeción de estas a controles específicos

El porqué de los controles no puede desligarse de una serie de factores que confluyen y se retroalimentan con la aparición y extensión de las CGC, entre los que destacaremos

³⁵¹ Memoria del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, p. 87.

- a) El contexto histórico y jurídico en que aparecen y se tienen que aplicar. Las CGC como hoy las entendemos surgen a partir del s. XIX en el contexto de un nuevo modo de producir y contratar, de carácter masivo, y en oposición a un derecho contractual tradicional muy celoso de la libertad contractual e individual. El marco en que tienen que aplicarse es muy diferente, más social y menos individualista, y mucho más preocupado por la justicia material, lo que denominaríamos una modernización de la idea de contrato.
- b) La relación de los fundamentos de control con los de validez de las CGC. No vamos a entrar a reproducir el debate doctrinal, que hemos esbozado brevemente con anterioridad, y partiremos de las teorías contractualistas hoy dominantes. Partimos, como en España señala la LCGC, de que las CGC son “cláusulas contractuales”. Sin embargo, muchos de los argumentos están directamente relacionados, aunque sea de modo reflejo con estas teorías.³⁵².
- c) La relevancia del elemento subjetivo. Las CGC son un fenómeno que se define por su ámbito material y no subjetivo, y deberían ser objeto de un tratamiento único. Sin embargo, las diferencias entre los adherentes profesionales y los consumidores pueden ser muy relevantes a la hora de entender y fundamentar los controles como forma de abordar el tratamiento de las CGC entre profesionales. Para ello es necesario abordar y entender mejor las posibles diferencias entre la adhesión realizada por consumidores y por profesionales. El tratamiento actual de la materia es el resultado de la concurrencia de dos líneas de trabajo: el estudio de las CGC desde el derecho de los contratos y el surgimiento del derecho de consumo, dos fenómenos que van a desarrollarse de forma muy cercana en el tiempo, influyéndose mutuamente, pero con diferencias también notables. Esta parte, que es

³⁵² La vinculación entre los fundamentos de control y la naturaleza de las CGC se verá más adelante claramente, en particular en algunas posturas que claramente tienen en mente las teorías normativistas, que reaparecen al justificarse los controles la capacidad de una de las partes de dictar la regla contractual mediante las CGC, y la vinculación es expresamente reconocida por ejemplo por MIQUEL GONZALEZ que señala que “es necesario insistir en que la discusión sobre la naturaleza de las condiciones generales importa en la medida en que se trate de fundamentar y delimitar un régimen jurídico diferenciado para los contenidos contractuales establecidos mediante ellas”. MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 442.

esencial, la desarrollaremos en el Capítulo 7, ya que en este intentaremos mantener el debate de argumentos a nivel general.

2. Los fundamentos de control de las CGC

2.1. La arcadia del concepto de contrato negociado como punto de partida y las CGC

La necesidad de controles a las CGC se justifica tradicionalmente en la dificultad de dar validez, al menos plena, al consentimiento otorgado ante un contrato no negociado. El contrato negociado constituye el elemento de referencia con el que compararse. Los autores que primero trataron la cuestión ya destacaron que las CGC desfiguraban los principios, o asunciones, sobre los que estaban basados la mayoría de los códigos o normativas contractuales del s. XIX.

Según la visión liberal, la interferencia de los terceros (juez y legislador) en el contrato se debería reducir al máximo, ya que eran las partes quienes por su voluntad habían querido autorregularse (*stat pro ratione voluntas*), y, por lo tanto se entendía que el resultado era justo. La visión del contrato negociado como garantía de su justicia puede ser un tanto idílica, o limitada en su uso, pero servía indudablemente para reforzar el carácter vinculante de lo acordado y evitar la intervención del Estado en los arreglos a los que las partes pudieran llegar. Así, los distintos códigos del s. XIX consagran esta visión de *lex privata inter partis*, empezando por el art. 1134 del Código Civil francés y acabando en el art. 1901 de nuestro Código Civil, que reflejan que “la estabilidad de los contratos es general en el derecho codificado”³⁵³, salvo ciertas excepciones imperativas que recogen los códigos. El resultado de este proceso se considera por lo tanto justo y cristaliza en el principio de *pacta sunt servanda*, la necesidad de cumplir lo pactado en el contrato.

La libertad contractual era fruto de un proceso con tres presupuestos: negociación (o posibilidad de negociación), igualdad jurídica de las partes y paridad de poder negocial.

En realidad, es probable que la plenitud de los tres no se diera realmente más que en determinados ámbitos³⁵⁴. Aunque contratos habría muchos, la negociación más allá de las

³⁵³ Cfr. DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 48

³⁵⁴ En la mayoría de los casos, estos elementos, en particular la paridad de poder negocial estaría probablemente mediatizada.

cláusulas básicas se concretaba solamente en el contrato escrito. Los contratos escritos de cierta extensión estaban en la práctica reservados a una minoría de casos, para las transacciones económicamente más relevantes. El número y extensión de los contratos fijados por escrito en el s. XIX sería relativamente bajo (al menos si lo comparamos con el volumen de contratación actual) por motivos de costes de producción del contrato (estamos hablando de contratos escritos a mano por abogados, notarios, o más bien sus escribanos), por la falta de alfabetización general de la población y por el carácter aun no tan masivo del tráfico de bienes y servicios disponibles. Probablemente en ese momento ya existían formas estandarizadas de contratación (por ejemplo, los formularios notariales), pero su uso aun no era masivo.

Contratos verbales había en realidad muchos más que contratos escritos. El intercambio de mercancías y productos, y, por lo tanto, la compraventa y demás contratos, estaba generalizado ya en el s. XIX y lo mismo puede decirse de las relaciones de trabajo y de muchas formas del tráfico mercantil a menor escala. Pero habitualmente, los contratos se regían por unos pocos pactos orales de las partes o por una documentación escrita de carácter muy básico. En el improbable caso de que hubiera que recurrir al sistema de justicia³⁵⁵ para hacer valer los compromisos contraídos por las partes, las normas y principios generales vigentes regulaban como derecho supletorio las materias no acordadas por las partes.

A partir de la segunda mitad del s. XIX, la producción de bienes y servicios se multiplica. Fruto del progreso científico y técnico, la población es cada vez mayor y tiene a su alcance más variedad de mercancías producidas mediante máquinas y nuevos procedimientos. Se da un auge generalizado de la industria y el comercio, que multiplica las transacciones que se realizan, el ritmo al que se concluyen, y, por lo que a nosotros se refiere, de la documentación contractual que les sirve de soporte.

La mecanización y los modos de producción en masa pasaron a aplicarse a la documentación legal, que sufrió el mismo proceso de automatización y homogeneización que los otros productos. Las mejoras técnicas (recordemos que es la época de la gran prensa)

³⁵⁵ Así, un contrato como la promesa de matrimonio o esponsales era un problema frecuentemente reflejado en la ópera, el teatro o en los folletines (véase, por ejemplo, “Las Bodas de Fígaro”). Se reflejan las preocupaciones de una sociedad para la que la estabilidad social y patrimonial en torno al matrimonio y la familia eran fundamentales. En esos dramas, generalmente lo eran, se reflejaba en muchas ocasiones el problema de la desigualdad de las partes a la hora de concluir la promesa de matrimonio, que la otra parte imponía aprovechando una situación de debilidad.

redujeron los costes de la impresión, y, por lo tanto, los contratos ya no necesitan escribirse a mano. Podían redactarse e imprimirse, listos para su uso para un conjunto de clientes cada vez mayor. Al reducir el coste de producir la documentación contractual, ésta podía ser más específica, extensa y detallada. La utilización de contratos escritos ya no estaba limitada a los actos de mayor relevancia. Incluso los contratos más comunes (venta y compra de mercancías) se podían documentar por escrito o ampliar la regulación del contrato más allá de los elementos fundamentales (objeto, plazo, tiempo).

La regulación contractual se extendió más allá de su ámbito tradicional y fue tratando materias y cuestiones anteriormente reguladas por la normativa general y por la costumbre mercantil o civil. El comerciante, pequeño industrial o productor agrícola, acostumbrado a contratos orales o a documentos breves que se completaban mediante la ley y la costumbre, se vio progresivamente expuesto a estipulaciones cada vez más complejas. Estas sustituían progresivamente a las normas que se habían ido considerando como justas, bien por la acción del legislador o a consecuencia de la *lex mercatoria*. Los avances de la mecanización y la tecnología irrumpieron en la arcadía del contrato escrito, que dejó de ser un asunto de iguales para materias de especial relevancia, para ser un asunto de todos y para todo. Es difícil decir si la libertad e igualdad de los contratantes “se han transformado en un mito jurídico”³⁵⁶ o si siempre lo fueron, como ocurre claramente con la igualdad económica, que nunca existió realmente.

Por otro lado, la automatización en los sistemas de producción de bienes y servicios requería ingentes capitales, que llevaron a la creación de grandes compañías mercantiles. Los sistemas de distribución y comercialización sufrieron igualmente modificaciones como consecuencia de las mejoras en los sistemas de transporte. Se multiplicaron los viajantes de comercio, que permitían un contacto directo entre los productores, cada vez más grandes y con mayor fuerza, con los vendedores al por menor. En consecuencia, se incrementó así la desigualdad de poder real entre las partes de la operación, y el pequeño comerciante o productor tenía cada vez menos posibilidades de negociar las cláusulas contractuales, si es que tenía ese interés.

Frente a esta situación en el comercio y la industria, la mayoría de la contratación que hoy denominaríamos de consumo seguía careciendo de una forma documental específica

³⁵⁶ DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 62.

(salvo carteles expuestos en las tiendas o medios de transporte). El coste de producción de la documentación para los pequeños y medianos comerciantes, que era quienes trataban mayoritariamente con el público general, era aún muy alto y solía limitarse a avisos en el propio establecimiento. A finales del s. XIX y principios del s. XX, la publicación de “condiciones o reglamentos de uso” ya era común en muchos sectores dominados por grandes empresas. Sin embargo, la falta de universalización de la alfabetización, incluso en las ciudades, hacía que la fijación de cláusulas contractuales por escrito no pudiera ser tan generalizada. Para los profesionales la situación era distinta. Cabía esperar que estos pudieran leer y comprender, las condiciones contractuales que se contenían en los formularios o impresos redactados previamente y así pudieran estar vinculados por ellas.

Obviamente el mundo del derecho reaccionó ante esos cambios y esta situación dio lugar al nacimiento de áreas del derecho que trataban esos problemas.

Por un lado surgen en ese momento las primeras normas de lo que hoy conocemos como derecho “*antitrust*” o “antimonopolio” en EE.UU: la Ley Sherman de 1890, la Ley Clayton de 1914 y la Ley de la Comisión Federal de Comercio de 1914. Estas normas prohíben la creación de cárteles empresariales o comerciales y de otras cláusulas colusivas, buscando limitar la creación de monopolios y los abusos que estos podían causar.³⁵⁷

Por otro lado, las normas de competencia desleal entre empresarios basadas en la normativa y principios generales, que ya llevaban tiempo aplicándose, tuvieron un espaldarazo fundamental con su inclusión en 1900 como artículo 10 bis de la Convención de París de la Protección de la Propiedad Intelectual de 1883. Se consagraba en un texto internacional la necesidad de que los comerciantes se comportaran según unos estándares mínimos, y se definía como “acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

Un poco más tarde, ya entrado el s. XX, surgen los primeros intentos de concienciación y lucha por los derechos de lo que luego sería el derecho de consumo, que veremos con más detenimiento en el Capítulo 7.

³⁵⁷ Respecto a los antecedentes históricos, las épocas de intensa actividad económica han buscado la estandarización de los procesos contractuales. Por ejemplo en el s. XIII la aparición de los notarios da lugar a los mismos formularios notariales. Cfr. MUNDY, J.H., *Europe in the High Middle Ages. 1156-1309*, Longman, London, 1973.

En el ámbito puramente contractual, la doctrina se plantea en esta época los problemas que generan los contratos de adhesión. SALEILLES en su libro de 1901 “De la Declaración de la voluntad” subtítulo “Contribución al Estudio del actor jurídico en el Código Civil alemán (*De la Declaration de Volonté. Contribution á l'Étude de l'Acte Jurídique dans le Código Civil francés Allemand*)”, da nombre a la categoría³⁵⁸ :

“Sin duda, hay contratos y contratos; [...] Tarde o temprano, será necesario que el Derecho se rinda ante los matices y las divergencias que las relaciones sociales han provocado. Hay supuestos contratos que solo tienen de tales, el nombre, y por lo tanto cuya construcción legal aún está por hacerse; para lo cual, en cualquier caso, las reglas de interpretación individual que se acaban de describir deben sin duda sufrir modificaciones importantes; sería solo para estos a los que se podría llamar, a falta de otra denominación mejor, contratos de adhesión, en los cuales, existe el predominio exclusivo de una sola voluntad, que actúa como una voluntad unilateral, que dicta su ley, más bien no a un individuo, sino a una comunidad indeterminada, que ya está comprometida de antemano, de manera unilateral, excepto por la adhesión de aquellos que desean aceptar la ley del contrato, y aprovechar este compromiso ya creado por uno mismo. Este es el caso de todos los contratos de trabajo en la gran industria, los contratos de transporte con las grandes compañías ferroviarias y todos estos contratos que tienen el carácter de una ley colectiva y que, como ya decían los romanos, estarían mucho más cerca de la *Lex* que del acuerdo de voluntades.”³⁵⁹

Estos primeros contratos tratados por la doctrina no son relativos a lo que hoy llamaríamos consumidores, o solo en parte, sino categorías más amplias e incluso de tipo industrial. Por ejemplo, cuando DE CASTRO y BRAVO trata en 1961 de estos problemas usa como ejemplos (siguiendo doctrina extranjera) los de una trilladora que no funciona, o

³⁵⁸ Es curioso señalar que SALEILLES dedicó solo un párrafo, el que transcribimos a continuación, a los "contratos de adhesión" para diferenciarlos de los contratos negociados habitualmente. Sin embargo, el término tuvo éxito y es el que se utilizó tradicionalmente en España y que aún se usa en los países de influencia francesa.

³⁵⁹ “*Sans doute, il y a contrats et contrats; [...] Il faudra bien, tôt ou tard, que le droit s'incline devant les nuances et les divergences que les rapports sociaux ont fait surgir. Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et donc la construction juridique reste à faire; pour lesquels en tous cas, les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites devraient subir, sans doute, d'importantes modifications; ne serai-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels, il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et que s'engage déjà par avance, unilatéralement, sauf adhésion de ceux qui voudront accepter la loi du contrat, et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même. C'est le cas de tous les contrats de travail dans la grande industrie, des contrats de transport avec les grandes compagnies de chemins de fer, et de tous ces contrats qui revêtent comme un caractère de loi collective et qui, les Romains le disaient déjà, se rapprocheraient beaucoup plus de la Lex que de l'accord des volontés.*” SALEILLES, R., *De la Declaration de Volonté*, 1901, pp. 229 y 230 (traducción propia).

los de un comerciante al por menor que adquiere huevos de un mayorista. Ambos, pues, son casos propios de la contratación entre profesionales³⁶⁰.

Tanto la contratación en masa (uno de los "frutos jurídicos" del liberalismo económico) como la acumulación de poder económico (en particular, aunque no exclusivamente, la existencia de monopolios), suponen un reto importante para el principio de la autonomía de la voluntad. La posibilidad de que un individuo o grupo de individuos puedan imponer en el mercado sus condiciones, tanto jurídicas como económicas, ponía precisamente en riesgo la existencia de esa misma libertad contractual. Se han originado, así diversas reacciones tendentes a evitar los abusos a que ello pudiera dar lugar.

En el ámbito contractual, el riesgo de que una sola de las partes contratantes estableciera unilateralmente el contenido de todo o parte del contrato, imponiéndolo a la otra parte, fue señalado desde antiguo (de ahí, por ejemplo, la regla *contra proferentem*). No es que el tema fuera desconocido en el siglo XIX, sino que se consideraba que el contratante débil no merecía tutela porque su desventura proviene de su descuido. Los problemas que planteaban las CGC fueron tratados por la doctrina civilista desde principios del s. XX, en especial por la doctrina francesa y la alemana³⁶¹. Ya vimos anteriormente el panel seminal y la contundencia de SAILELLES. En el mundo germánico, REISER señalaba en 1935 que el uso de CGC abusivas atentaba contra el interés público y constituía un abuso de la libertad contractual³⁶². Por su parte, en el ámbito anglosajón, KESSLER lo había planteado en términos de protección a la parte débil, al señalar en 1943 que “los contratos de adhesión se utilizan típicamente por empresas con una fuerte capacidad de negociación. La parte débil, que necesita los bienes o servicios, no está en una posición de buscar alternativas con mejores cláusulas contractuales”³⁶³.

³⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” en *ADC*, Año 1961 – fasc. 2, pp. 309-310.

³⁶¹ Esta última acuñó el término de "*allgemeine Geschäftsbedingungen*", cuya "versión" española, "Condiciones Generales de la Contratación" o "CGC" utilizamos en este trabajo.

³⁶² REISER, K. L., *Das Recht...*, o.c., p.283.

³⁶³ KESSLER, F., “*Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contracts*” en *Columbia Law Review*, 1943, p. 632.

El estudio de las CGC trata especialmente de entender cómo afectan este tipo de contratos a la autonomía de la voluntad del adherente. La pregunta es si existe realmente voluntad contractual. Al negar en muchos casos validez al consentimiento prestado mediante una adhesión (al contrato en general, o a las CGC en particular) se generaba un problema práctico e importante. Dada la extensión del uso de las CGC ya a mediados del s. XX, se estaba considerando inválida una parte importante de la contratación. Por otra parte, las CGC presentan también importantes ventajas para las partes implicadas en cuanto a racionalización de costes y reducción del proceso de negociación, en particular para los productos de masa.

Además el rechazo a las CGC no se basaba en una norma concreta o principio expresado claramente, sino en uno implícito. Se asumía que cuando nuestros legisladores hablaban de contrato lo hacían del contrato negociado, y que el fundamento de validez del contrato reposaba en el proceso (la negociación) por la que se concluía. Esta lectura de los códigos decimonónicos no es compartida por todos. Entre nosotros por ejemplo GONDRA ROMERO consideraba que, si bien esa visión del contrato negociado estaba en la mente del legislador decimonónico como modelo, las consecuencias de su ausencia no eran la falta de validez del consentimiento. Así este autor señalaba que “cosa bien distinta, es que este modelo se formule con carácter rígidamente vinculante. Es decir, que el codificador pensase en condicionar el reconocimiento de la autonomía privada negocial a la efectiva y plena reproducción en la realidad empírica, de tal modelo ideal normativo” concluyendo que la separación del proceso contractual del proceso ideal no justificaba retirar eficacia al consentimiento manifestado a través del acto de adhesión a las condiciones generales.³⁶⁴

Establecidas como quedaron las bases de las CGC en las teorías contractualistas como únicas posibles³⁶⁵ era necesario profundizar en el sentido y validez del consentimiento otorgado a las CGC y los límites o complementos que debían imponerse. Se respondía así también a la necesidad práctica de reconocer la legitimidad de las CGC, pues de forma realista no se podía negar su utilización, ya muy extendida y con múltiples ventajas. La

³⁶⁴ GONDRA ROMERO, J.M., *Derecho Mercantil I (Introducción)*, Madrid, 1992, p. 202.

³⁶⁵ Aunque no entremos en detalle, el fundamento normativo de las CGC no correspondía con la realidad político-jurídica, por lo que finalmente prevalecieron las tesis contractualistas.

incomodidad de los juristas frente a las CGC buscó otras soluciones y. lo que entonces se veía como una restricción de la autonomía de la voluntad, de valor negativo, pasa a entenderse en positivo como necesidad de defender esa misma autonomía y libertad contractual.

2.2. La necesidad de compensar los déficits de voluntad y prevenir abusos

Desde el punto de vista de la dogmática tradicional del contrato, la cuestión de cómo se forma la voluntad contractual sigue siendo un elemento fundamental. Se percibe que hay una diferencia entre el modelo tradicional de formación del contrato, tal vez algo idealizado, y la manera en que éste se forma cuando contratamos bajo CGC. En este si bien no se anula la voluntad contractual, al menos “tiene que significar algo” como a menudo se repite y llevar a algún tipo de intervención. Como señalaba DE CASTRO Y BRAVO (el subrayado es nuestro):

“La especialidad de las condiciones generales reside [...] en la peligrosidad intrínseca de este modo de proceder; pues, redactadas por una empresa o grupo de empresarios, es presumible se considere en ellas sólo el interés de éstos; prefabricadas, sin atender a ningún contrato concreto, quedan separadas, independizadas, del contrato al que se las añade. Se considera que la ausencia del proceso de negociación ocasiona un déficit que tiene que tener algún tipo de consecuencia.”³⁶⁶

Por otro lado, se intenta proteger el principio de “autonomía de la voluntad”, clave de nuestro derecho de contratos, para preservar el derecho de las partes a concluir contratos con el contenido que ellos acuerden, y que deben considerarse justos, evitando intervenciones excesivas que desvirtúen este principio.

Si los adherentes ya solo tienen voluntad para contratar o no, pero no para determinar el contenido del contrato, su voluntad está “singularmente atrofiada, sometida”³⁶⁷. El derecho debe intervenir para compensar de alguna forma los efectos de la ausencia de negociación. Se establecen así una serie de medidas e intervenciones en el contenido del contrato suscrito mediante CGC, con diversos nombres y visiones, pero con una misma finalidad, rescatar la voluntad del adherente. Se trata de imponer límites a la capacidad

³⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones...*, o.c., p. 337.

³⁶⁷ DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 62.

unilateral del predisponente para compensar la situación del déficit del adherente, a fin de rescatar su libertad contractual. Solo así el principio de la autonomía de la voluntad no “de las partes” (una de ellas realmente), sino “de ambas partes” puede brillar plenamente.

Las fórmulas usadas para reforzar, matizar o equilibrar las dos voluntades varían según los autores, y no vamos a entrar en detalle en ellas. A modo de ejemplo, por su relevancia para la doctrina española, DE CASTRO Y BRAVO encuadraba la cuestión de la respuesta a las CGC dentro de lo que entendía como límites inmanentes de la autonomía de la voluntad. Este autor centraba estos límites fundamentalmente en la renuncia a las leyes, entendidas como las leyes dispositivas, que se configuraban así como límite de las CGC³⁶⁸. De lo contrario, como señala MIQUEL GONZÁLEZ, “se atiende solo a la libertad del predisponente y no repara en la exclusión de la libertad de configuración contractual de la otra parte que se produce en los contratos con condiciones generales”³⁶⁹.

Se trata de señalar que, en el caso de las CGC, no hay libertad contractual plena. En las CGC se da, y no en todos los casos, una vertiente de la libertad contractual, la de contratar o no, y con quién (libertad de contratar). Pero no se da un segundo aspecto, la libertad de configurar el contenido del contrato de común acuerdo. El adherente de CGC carece de esta vertiente de la libertad contractual, pero esta solo es formal no material. De esta manera las medidas que se tomen para reequilibrar la situación entre ambas partes no solo no supondrían un ataque a la libertad contractual, sino su salvaguarda. Para DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON la manera en que presta el consentimiento el adherente, sin llegar a constituir genuinamente un vicio de la voluntad, en ocasiones se le aproxima³⁷⁰. Retomaremos más adelante esta idea al considerar como elementos del tratamiento de algunos vicios de la voluntad, en concreto el error, pueden darnos pistas de las soluciones a adoptar.

En los sistemas jurídicos como el nuestro en donde se distingue la posibilidad de intervención entre elementos esenciales y secundarios del contrato, se acentúa el hecho de que existan dos grados distintos de voluntad contractual. Por un lado, en cuanto a los

³⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones...*, o.c., pp. 324 y ss.

³⁶⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Reflexiones sobre las condiciones generales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coordinados por Iglesias Prada, J. L., 1996, vol. 4, p. 4.947.

³⁷⁰ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “¿Una nueva doctrina general del contrato?” en *ADC*, 1993, Fas. IV, p. 1710.

elementos esenciales (objeto, precio, etc.) se considera que el adherente sí muestra una auténtica voluntad contractual consciente. Por otro, esta voluntad no existe, o no con la misma intensidad, respecto a los elementos secundarios, las CGC, que son aprobados de forma rutinaria y casi inconsciente, sin previa lectura. Se considera que si hay un distinto grado de voluntad por parte del adherente debe también dársele un tratamiento diferente, protector de esa voluntad de menor intensidad.

Por este motivo, cuando las estipulaciones contractuales, aunque tengan origen en las CGC, sean objeto de negociación (tema a su vez complejo), decae la necesidad de tratamiento específico y de controles, ya que no estamos ante CGC sino ante un contrato formulado de la manera tradicional respecto a esas estipulaciones. Desde estas visiones se acentúa que la libertad de negociación del contenido contractual se configura como garante de la justicia contractual, y cuando esta falta, el derecho debe intervenir.

Como señala BALLESTEROS GARRIDO, se debe examinar “hasta qué punto el contrato celebrado es fruto de una verdadera libertad contractual para excluir el contenido de las cláusulas que no lo sean y sustituirlas por las realmente esperadas, conforme a la buena fe; este será el cauce para que la autonomía de la voluntad pueda volver a cumplir su función tradicional de garantía de la justicia interna del contrato, en lugar de ser instrumento de dominio de las clases económicamente superiores”³⁷¹.

2.3. La formulación previa y la unilateralidad del contrato resultante

Para otra línea doctrinal el elemento fundamental que hace necesarios los controles sería la (excesiva) capacidad del predisponente de formulación previa del contenido contractual. Obviamente no se trata de un principio totalmente separado del anterior, sino más bien su otra cara; la misma realidad vista desde el lado del predisponente. La capacidad de formulación previa de CGC tiene su origen— y la presupone necesariamente— en la ausencia de negociación (y de contrapeso). Lo más relevante, sin embargo, es la capacidad que tiene el predisponente de actuar de forma independiente al adherente, a la hora de establecer la regulación contractual.

³⁷¹ BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones...*, o.c., p. 54.

Excluida la posibilidad de negociación en las CGC, el adherente se ve reducido a aceptar o rechazar el contrato tal cual. El predisponente tiene la capacidad de determinar el contenido contractual exclusivamente en su beneficio y teniendo en cuenta únicamente sus intereses. La formulación previa es para esta visión el elemento esencial de las CGC y frecuentemente aparece como elemento decisivo que justifica su control.

Es el argumento dominante en la doctrina alemana. Su origen anterior se puede rastrear en autores como RAISER. Este autor había fundado los controles en la idea del abuso institucional de los derechos (*Gedanke des institutionellen Rechtsmissbrauchs*)³⁷². Su base era considerar que la libertad de autodeterminación del contenido del contrato por el predisponente tiene como contrapeso su obligación de buena fe de tener en cuenta los intereses de la contraparte a la hora de redactar las CGC. Si el predisponente no procede así, estará abusando de la libertad del contratar, teniendo en cuenta solo la del predisponente. La finalidad última de esta consideración sería preservar la institución de la libertad contractual, todavía en línea con las teorías antes vistas.

Su formulación actual, dominante en la doctrina y la jurisprudencia alemana, es resumido por ULMER al señalar que el fundamento de las normas de control es contrarrestar el riesgo de explotación de la libertad de determinación unilateral del contenido contractual que generalmente se asocia con el uso de CGC. Como ULMER señala, en esta visión incide especialmente el hecho de que la normativa alemana se aplique independientemente de la posición de mercado del usuario, y, por lo tanto, la finalidad protectora de la parte débil no sea tan relevante³⁷³. Así, la formulación previa y la falta de la garantía de corrección que se espera de un proceso de negociación pueden ser compensadas por el control de contenido. Se permitirá al predisponente organizar el contenido del contrato que tiene que aceptar el adherente, pero siempre que esta autodeterminación no exceda de ciertos límites (en la visión alemana la buena fe y el justo equilibrio de prestaciones). Lo que se restringe es la capacidad para confirmar la oferta contractual por predisponente, que no puede exceder ciertos límites, y no se incide tanto en la manifestación de voluntad de aceptación por parte del adherente.

³⁷² REISER, L., *Das Recht...*, o.c. p. 282.

³⁷³ ULMER, P. y HABERSACK, M., “*Einbeziehung*” en *AGB-Recht : Kommentar Zu Den §§ 305-310 BGB und Zum UKlaG*, editado por A. Witt, et al., Otto Schmidt KG Verlag, 2016, p. 23.

La formulación previa como riesgo ya había sido recogida entre nosotros por GONDRA ROMERO para quien los contratos estándar revelaban (en el contexto del comercio internacional) “un deliberado propósito de establecer una reglamentación contractual autónoma y en la medida de lo posible desconectada (contratos autonormativos) de los ordenamientos jurídicos nacionales y al margen, por tanto, de todo control estatal. Son estos contratos de adhesión los que vienen suscitando generalmente la fundada sospecha de operar un injustificado desplazamiento del riesgo sobre la parte económicamente más débil”³⁷⁴.

Esta visión ha tenido también eco entre nosotros. Así, por ejemplo, MIQUEL GONZALEZ, para quien, en línea con la legislación alemana, la *ratio* del control de contenido debe ser, en un primer lugar, pero no solo, la imposibilidad del adherente de influir en las CGC³⁷⁵. La predisposición unilateral ocasiona “el desplazamiento injustificado de las normas dispositivas en beneficio del predisponente, la contradicción con los principios fundamentales de la regulación legal y la limitación de derechos y obligaciones que corresponden a la naturaleza del contrato de modo que peligre la finalidad contractual perseguida”³⁷⁶. Para este autor la igualdad de las partes ante la ley no es compatible con el hecho de que las normas vengan dictadas por una sola de las partes. Para que esta norma sea aceptable (es decir que el adherente pueda manifestar su consentimiento a ella), tiene que ser homologada o aprobada por el Ordenamiento jurídico³⁷⁷. Pervive en esta visión un claro influjo de las doctrinas normativistas sobre la naturaleza de las CGC, al menos en el lenguaje con que se expresan, por ejemplo cuando MIQUEL GONZALEZ señala que una de las partes, “con premeditación, establece la regla contractual, cumpliendo así una tarea que el ordenamiento jurídico renuncia a que lleve a cabo la Ley”³⁷⁸.

³⁷⁴ GONDRA ROMERO, J.M. “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte “más débil” en el marco del derecho uniforme de la compraventa internacional”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, 1978, p.234.

³⁷⁵ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 438.

³⁷⁶ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 432.

³⁷⁷ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 438.

³⁷⁸ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 438.

Otros autores, como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO³⁷⁹, en un texto que luego veremos con más detalle, BADENAS CARPIO³⁸⁰ o ALFARO AGUILA REAL³⁸¹ se hacen eco de la doctrina alemana de la superioridad funcional (aunque ALFARO AGUILA REAL parecer dar más importancia a la teoría de los fallos del mercado que luego trataremos). En las CGC se produce una superioridad funcional, no económica (o al menos no necesariamente) del predisponente respecto al adherente. Al poder configurar unilateralmente el contenido del contrato, el predisponente puede introducir en él las condiciones que le sean más favorable en perjuicio de la contraparte. Se determina así un déficit de funcionamiento de la autonomía privada, que para ALFARO AGUILA REAL³⁸² es debido a las asimetrías de información existentes entre predisponentes y adherentes.

2.4. La relevancia de la generalidad: asimetría de información y costes.

El elemento del uso generalizado o amplio de las CGC es también relevante como fundamento de su control, y explicaría por qué los contratos de uso generalizado tienen un control específico diferente del que pueda darse para los contratos de adhesión “individuales” (al menos como caso teórico). Desde la óptica del análisis económico del derecho se ha concentrado la atención en los mecanismos que se desarrollan durante el proceso de negociación en el mercado.

Para este sector de la doctrina, la fundamentación del control de los contratos con CGC reside en una desigualdad o asimetría de información de las partes a la hora de enfrentarse a las CGC. Esta asimetría es, a su vez, causada por un desequilibrio de los costes de la información para las partes implicadas.

Respecto a esta aproximación, es clásica la referencia a los trabajos de AKERLOF³⁸³. Este autor, si bien no trata directamente de las CGC, sí se ocupa de un problema que va a ser

³⁷⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentario al art. 1” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, p. 112.

³⁸⁰ BADENAS CARPIO, J.M., “Comentarios al art. 2”, o.c., p. 56-57.

³⁸¹ ALFARO AGUILA REAL, J. *Las condiciones...*, o.c., pp. 176.

³⁸² ALFARO AGUILA REAL, J. “El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 67, julio-sept. 1997, p. 865.

³⁸³ AKERLOF, G.A. “The Market for Lemons” en *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488. El ejemplo es bien conocido, en el mercado de coches de segunda mano, el cliente tiene difícil saber el estado real de los coches, y por lo tanto valorarlo. Quien venda coches en buen estado por el mismo

común: la incertidumbre de la calidad y los costes de información para obtenerla. El adherente de un contrato bajo CGC estaría en una posición de desventaja para verificar cómo de adversas le son las CGC del mismo. La lectura y comprensión de la distribución de obligaciones y riesgos implica unos costes de transacción, tales como el tiempo dedicado a la lectura, la utilización de asesores, etc. En algunos casos, sobre todo cuando una de las partes no suscribe este tipo de contratos con habitualidad, además de los costes propios de la lectura están los de entender debidamente el negocio jurídico y los riesgos subyacentes.

La presentación y carácter mismo de las CGC, extensión y detalle actuarán como desincentivo para la posibilidad misma de negociación, en particular en contratos de menor relevancia cuantitativa o cualitativa para el adherente. Así, es la asimetría la que impediría de hecho el proceso de negociación, y no la diferencia de tamaño entre el predisponente y el adherente.

La incertidumbre no solo se produce respecto al mero contenido del contrato y su conocimiento, sino a sus efectos y riesgos reales. Las CGC realizan una distribución de riesgos en situaciones en que hay que tener en cuenta no solo el efecto adverso para una de las partes, sino la probabilidad de que se dé ese supuesto. Se necesita considerar, cuando llegue entenderse, la probabilidad del riesgo y su magnitud.

Al tener el predisponente un mayor margen para repartir los costes asociados a la preparación del contrato, se está produciendo, de hecho, una traslación de los costes del predisponente hacia el adherente si este quiere acercarse a su posición. Cuantas más operaciones se vayan a concluir bajo las CGC, menor será su coste por unidad y más recursos podrá dedicar el predisponente, mientras que para el adherente, con independencia de su capacidad negocial general, se le produce un sobrecoste.

El acento se pone no tanto en la redacción previa o la falta de negociación sino, sobre todo, en el uso generalizado de las CGC. El ejemplo lo ofrecerían los, relativamente pequeños en número, contratos preparados específicamente para una operación concreta. Si

precio estará perdiendo margen con respecto a los que vendan coches en peor estado, ya que los clientes no puede diferenciarlos. Se crea así un incentivo para explotar la diferencia negativa. Finalmente, los vendedores de malos productos, con más margen, acaban expulsando a los vendedores de un mejor producto (con mayores costes), ya que el mercado no puede distinguirlos.

una parte, porque le da mucha importancia a este contrato, le dedica importantes recursos en cuanto a la preparación de un contrato individual, estará en la misma posición, en cuanto a gastos de transacción que su contraparte en dicho contrato. Por ejemplo, si un empresario ajeno al sector inmobiliario decide arrendar parte de sus oficinas y pide a sus abogados que preparen el contrato, no estará en una situación de superioridad, puesto que tendrá el mismo nivel de costes potencial que la contraparte (el real dependerá del interés por el contrato, que puede no ser tan grande como el de la otra parte).

La traslación de costes es máxima en los contratos con consumidores, pero está igualmente presente en la contratación entre profesionales. Esta teoría ayuda a explicar situaciones aparentemente difíciles de entender como la posibilidad de que un pequeño o mediano empresario imponga sus CGC a una empresa con un poder negocial en principio mayor por su propio tamaño, y explica parcialmente además las llamadas “batallas de formularios”.

En el primer caso, al adherente de mayor tamaño, y teóricamente con mayor capacidad de negociación, la negociación de las CGC de la contraparte le puede producir un coste desproporcionado con respecto al valor del contrato. Por ejemplo, cuando una gran empresa contrata la adquisición de bienes o servicios de forma ocasional tiene tres opciones: la primera, entrar a negociar, lo que significa generar costes externos o internos (departamento de compras, departamento legal). La segunda es no hacerlo y aceptar las CGC de la otra parte, especialmente si es un servicio muy especializado. Por lo tanto, el adherente, se verá forzado a aceptar, pese a su “fuerza” contractual teórica, las CGC de la otra parte. Es una decisión razonable y justificada desde el punto de vista económico. Así se acepta el contrato confiando en que los riesgos adversos en caso de concretarse puedan ser absorbidos por los gastos generales empresariales.

La tercera opción es aplicarle sus propias CGC (por ejemplo, condiciones de compra), lo que genera el conocido caso de las “batallas de formularios”. El razonamiento es el mismo: ambas partes han desarrollado CGC que aplican a multitud de contratos, por ejemplo, unas condiciones de compra por una parte y unas condiciones de venta por la otra. Tal vez el importe del contrato haga que ninguna de las partes esté interesada en desarrollar un verdadero proceso de negociación de las condiciones contractuales más allá de los elementos principales del mismo. Ambas reconocen en este tipo de contratos un interés

suficiente como para asumir los costes derivados de la preparación de unas CGC, pero no tanto como para entrar a negociar en detalle las CGC de la otra parte.

La falta de información implica disfunciones en el mercado que impiden que funcione correctamente. Esto lleva a una bajada de la calidad de las CGC y que las CGC de mala calidad (las más adversas al adherente) sustituyan a las buenas (las menos adversas).

Desde esta óptica de análisis económico del derecho, ADAMS³⁸⁴ analizó la normativa alemana de CGC y concluyó que los aspectos positivos de la normativa sobre CGC—en su caso la alemana— compensan socialmente las desventajas que impone. Se reducen los costes de busca y procesamiento de información (que ya no es necesario porque se ofrece a todos los adherentes un nivel “mínimo” de calidad), y al mismo tiempo al desincentivar a los predisponentes a generar CGC más duras, se produce un efecto beneficioso para el mercado de ahorro para ambas partes, que compensa, a ese nivel, los costes de la normativa protectora.

2.5. Problemas de la teoría de agencia

Una variante respecto a la preponderancia del elemento de la formulación previa se daría si abordamos las CGC desde el punto de vista de las denominadas “teoría de agencia”³⁸⁵. En el caso de las CGC, tiende a existir una divergencia entre los intereses del adherente y los del predisponente a la hora de distribuir por este último las obligaciones y responsabilidades, sobre todo, al distribuir los riesgos del contrato (lo que se denomina “primer problema de agencia”). También tiende a estar presente en la relación predisponente-adherente el “segundo problema de agencia”, el apetito por el riesgo. El predisponente dispone de una posición superior en cuanto al conocimiento de los riesgos. Puede por tanto realizar la distribución de tal forma que en una apariencia conjunta de equilibrio solo los riesgos más probables o dañinos correspondan al adherente. Mientras tanto otros, improbables o de bajo efecto, correspondan al predisponente. Eso le permite

³⁸⁴ ADAMS, M. *"Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen"* en *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik* editado por M. Neumann, 1984, pp. 655-680.

³⁸⁵ Se trata de un enfoque proveniente del ámbito de la economía y las finanzas, con particular aplicación en relación con las organizaciones. En el ámbito jurídico ha encontrado particular eco en el derecho societario, aunque también en otras áreas de las relaciones contractuales como, específicamente, los contratos de franquicia, en un ámbito más cercano a las condiciones generales.

asumir en la ejecución del contrato mayores riesgos de los que asumiría de otra forma. La consecuencia de la apreciación de estos “problemas de agencia” es la necesidad de aplicar estrategias cuya finalidad es reconducir la relación agente-principal y eliminar o reducir estos problemas, forzando al agente a considerar los intereses del principal o reduciendo el apetito de riesgo del principal. Los controles de contenido pueden ser una de estas estrategias, ya que imponen al agente una serie de deberes o límites (actuar de buena fe al establecer las CGC, etc.), o le fuerzan a actuar de acuerdo con una distribución de riesgos considerada apropiada (o los principios del tipo contractual, o el derecho dispositivo).

2.6. Incapacidad del mercado para corregir el desequilibrio. Fallos de mercado y la necesidad de protegerlo.

Dado que las CGC son consecuencia de la contratación en masa —un elemento clave de la economía de mercado—, cabría esperar que la respuesta a la falta de negociación individual se diera también a ese nivel de mercado.

Para el gran teórico del análisis económico del derecho, POSNER, en los casos en que no existiera mercado como tal, por tratarse de situaciones de monopolio o parecidas, la intervención en las CGC estaría tan justificada como podría estarlo en relación con el precio u otros elementos. Si los predisponentes, por su poder monopolístico, se niegan a negociar las cláusulas y desplazan todos los riesgos a la parte débil, que no tiene más remedio que aceptar, podría estar justificado intervenir. Es la que POSNER denomina “explicación siniestra” (*sinister explanation*). Pero en este caso POSNER señala que el problema es la situación monopolística, pero no las CGC³⁸⁶, lo que crea un resultado desequilibrado.

Pero en caso de que no se dé esa situación monopolística, el correcto funcionamiento del mercado produciría a una regulación equivalente a la que se podría llegar a través de la negociación individual. Para POSNER, en un mercado competitivo del bien o servicio, si un predisponente ofrece CGC desfavorables para los clientes (como parte del contenido del producto), sus competidores, para atraer a los clientes, ofrecerán mejores CGC, y así sucesivamente hasta que las CGC pasen a ser óptimas. Es lo que él denomina explicación “inocente”. Por eso, el control de las CGC, que no pueden hacer cada uno de los adherentes,

³⁸⁶ POSNER, V, *Economic...* o.c., p. 85

lo llevará a cabo el mercado y donde éste no funcione bastarán las normas generales sobre los “defectos del cálculo de los costes y beneficios contractuales” (lo que en lenguaje de derecho contractual son los vicios del consentimiento, como dolo, error, violencia, etc.)³⁸⁷.

Si, además contamos con minorías informadas y activas (individual o colectivamente), estaremos introduciendo un freno a la capacidad de los predisponentes de regular de forma autónoma el contenido de las CGC.

La cuestión que surge es: si en la mayoría de los países tenemos muchos mercados con cierto grado de competencia, ¿por qué no se producen avances en conseguir unas mejores CGC cuando, en cambio, la experiencia es que su calidad está empeorando?

2.6.1. La falta de posibilidad de elección respecto a las CGC y la inexistencia del “mercado de CGC”

La competencia entre operadores no parece funcionar, o no lo hace correctamente, a nivel del contenido del contrato. PAZ-ARES RODRIGUEZ señala dos objeciones desde las mismas teorías económicas de POSNER, cuyas posiciones en esta materia señala como incongruentes con sus propios principios. La primera es que al desarrollarse en mercados de poco importe (*small sums-transactions*), el coste de información relativo a las alternativas que se ofrecen en un mercado realmente es proporcionalmente tan grande que resulta más beneficioso no buscar alternativas. La segunda es que el modelo de precios se ha construido ya sobre la asunción de la experiencia de que los adherentes no van a buscar alternativas debido al alto coste de obtener información³⁸⁸.

2.6.1.1. Razones y consecuencias de la inexistencia del mercado

Las razones para esta falta de competencia son variadas pero la principal es, como ya se avanzaba, que los adherentes, en el ámbito del consumo masivo, fijan su atención exclusivamente en determinados elementos del contrato (condiciones principales como

³⁸⁷ POSNER, V, *Economic...* o.c., p. 86

³⁸⁸ PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)”, en *ADC*, Vol. 34, Fasc. 3, 1981, p. 679.

precio, prestación, etc.), mientras que ignoran las demás condiciones (incluidas, de manera general, las CGC).

Esta falta de atención sería la causante de la inexistencia de un “mercado de CGC”, pues, al no haber una demanda de mejores condiciones, no habría tampoco oferta³⁸⁹. Las razones para esta falta de atención son varias. En el caso del arquetipo de CGC, formado por textos largos, farragosos, escritos en letra especialmente pequeña, los problemas no son solo de pura comprensión lingüística o formal, sino en muchos casos en la capacidad de comprender los verdaderos efectos de una cláusula en el contexto de la relación contractual. Todo ello supone que el coste de obtener información es desproporcionado respecto a los posibles beneficios, y resulta racional no leer el contrato³⁹⁰.

La segunda razón, relacionada con la anterior, es la dificultad de poder valorar adecuadamente las repercusiones de las CGC. Muchas de las CGC no tienen un claro sentido económico, o al menos no directamente aparente. Incluso cuando es posible valorar el contenido económico, muchas de las CGC se refieren a situaciones contingentes, que pueden o no darse en relación con un contrato.

En realidad, ambos aspectos tienden a solaparse, y además se multiplican por las distintas cláusulas que concurren en un contrato. Los elementos que explican la ausencia de competencia tienen un claro contenido económico y están íntimamente relacionados con la cuestión de los costes de información que antes vimos que generaba asimetría entre adherente y predisponente respecto a información y costes. Lo relevante aquí no es la situación que se genera a un nivel del contrato individual, sino del conjunto del mercado. Las situaciones individuales se repiten y desincentivan la demanda, eliminando la posibilidad de que surja el mercado de CGC.

Se produce en el mercado la consecuencia que había señalado AKERLOF para el de coches usados por falta de información, como señala frecuentemente la doctrina. El predisponente no tiene un incentivo para mejorar sus CGC, porque puede asumir que la mayoría de los compradores potenciales se comportarán racionalmente y, por lo tanto, se

³⁸⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 74.

³⁹⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 75.

abstendrán de un análisis legal del contrato. Al igual que el vendedor de coches puede ofrecer una calidad inferior al mismo precio y obtener una ventaja económica sobre otros participantes del mercado que no actúan de esa manera, el predisponente puede rebajar la “calidad” de sus cláusulas y obtener así una ventaja. Como tarde o temprano todos los predisponentes se comportarán de forma similar (aunque no lo hagan de forma coordinada) para evitar perder margen frente a sus competidores en un aspecto que no parece causarles problemas, como señala AKERLOF, la mala calidad echará fuera a la buena³⁹¹. Los mecanismos del mercado no funcionan típicamente respecto a los contenidos de las CGC, o incluso funcionan de modo inverso, ya que lo que incentivan es la elaboración de CGC de “mala calidad”, esto es, perjudiciales para los adherentes³⁹².

En algunas ocasiones parece que algunas empresas intentan invertir la tendencia. En los últimos años podemos encontrar algunas empresas, especialmente entidades financieras que publicitan la contratación de sus productos como “sin letra pequeña”³⁹³. Incluso en estos casos, aunque se forman expectativas de generar un efecto de imitación por parte de las demás entidades, estas no parecen haberse concretado, o al menos de forma relevante³⁹⁴, y las CGC de las entidades financieras siguen siendo complejas de leer y entender en la mayoría de los casos para todos los adherentes- firmantes.

³⁹¹ La cita es recurrente en cualquier trabajo que considere la materia de las CGC. Véase, por ejemplo DRYGALA, T., “Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions” en *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*, editado por T. Drygala, B. Heiderhoff, M. Staake, y G. Zmij, Ed. Dr. Otto Schmidt, 2012, p. 39.

³⁹² PAGADOR LOPEZ, J., “Proporcionalidad en el control de las cláusulas contractuales: ¿Protección de la parte más débil y/o sanación de las disfunciones del mercado?”, en “*Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*” editado por J. Kindl, P. Perales Viscasillas y T. Arroyo Vendrell, ed. Nomos, 2017, p. 171.

³⁹³ Así en un ejemplo reciente, en 2019, BANKIA ofrecía “La hipoteca con la letra pequeña más grande del mundo” y un directivo destacaba de la entidad que “lo que queremos ofrecer una financiación con condiciones claras y sencillas, de forma transparente y sin letra pequeña” (<https://www.bankia.com/es/comunicacion/noticias/bankia-comercializa-hipoteca-sin-gastos-ni-comisiones.html>).

³⁹⁴ En un caso anterior, en 2008, otra entidad financiera hoy absorbida en el proceso de fusiones, Caja Navarra, se planteaba ofrecer “un lenguaje directo y coloquial y [las CGC incluidas] son fáciles de entender”, como se daba a conocer en la prensa donde se especulaba la relevancia del movimiento, que podía crear una tendencia en el sector. Se decía incluso “que se va a obligar al resto del sector a sumarse a este tipo de gestos” (<https://www.europapress.es/epsocial/rsc/noticia-rsc-caja-navarra-renueva-totalmente-contratos-clientes-hacerlos-mas-claros-transparentes-sencillos-20080208150303.html>).

La persistencia en todos los ámbitos de la contratación de CGC fuertemente desproporcionadas sigue siendo una realidad, aunque no toda la realidad. En algunos casos se da cierta “competencia” entre CGC de segundo grado, o modelos de contratos que buscan un uso generalizado (por ejemplo los distintos modelos del ámbito financiero o de la construcción; por ejemplo, los contratos FIDIC). Estos se configuran en sí mismos como “productos” y para que sean aceptables para el mayor número posible de usuarios y por lo tanto para consolidar su uso se busca que tengan al menos un cierto equilibrio.

2.6.1.2. Irrelevancia de la inexistencia del “mercado de CGC”

Crítico con el concepto de “mercado de CGC” se muestra a GINER PARREÑO, quien considera que, en realidad, el mercado de CGC no puede entenderse separado del producto o servicio que se ofrece en el correspondiente contrato ya que “las condiciones generales de la contratación difícilmente conforman una prestación escindida del resto de las que integran un contrato”³⁹⁵. Para este autor, las CGC forman parte inseparable, como un elemento más, de la competencia empresarial. Las CGC están, a su vez, en competencia interna con los otros elementos (costes de producción, comercialización, etc.) que integran la prestación en el proceso de determinación del precio mismo (o la relación precio-prestaciones). El auténtico mercado que debería ser objeto de consideración sería el de los bienes o servicios correspondientes. Las CGC no pueden considerarse desligadas de la totalidad del contrato, y del producto, del que forman parte y son un elemento más para la determinación de la oferta contractual: “la pluralidad de prestaciones inseparables que puede integrar un contrato representa el elemento crucial a tener en consideración para delimitar el mercado relevante, el grado de competencia y la posibilidad de autodeterminación del empresario que se obliga”³⁹⁶. Así, concluye este autor que desde el punto de vista de la competencia:

“no conviene construir una especie de presunción de ausencia de libertad contractual en el mercado del conjunto de la prestación ofrecida por un empresario-predisponente. Es importante adoptar como punto de partida el comportamiento racional, desde un punto de vista económico, de los empresarios en el mercado; los

³⁹⁵ GINER PARREÑO, C., “Condiciones generales de la contratación: autonomía privada y competencia” en *Estudios sobre consumo*, nº 32, 1995, p. 22. De hecho, PAZ-ARES RODRIGUEZ, siguiendo a POSNER, lo consideraba así, y señalaba que el contrato (y, por tanto) era parte de la oferta del producto. (cfr. PAZ-ARES RODRIGUEZ, C. “La economía...”, o.c., p. 677).

³⁹⁶ GINER PARREÑO, C., “Condiciones...”, o.c., p. 24

empresarios formulan propuestas globales de contratación con el ánimo de competir”.

El autor, aunque reconoce que existen casos donde se precisan ajustes (intervención), considera que para estos la normativa de protección de la competencia es “más que suficiente para solventar los problemas que brotan de una contratación entablada entre profesionales.”³⁹⁷.

Estas reflexiones sirven para recordarnos que las CGC no deben considerarse de forma aislada, sino en el contexto de la relación global, situando “el fenómeno concurrencial en el ámbito de la prestación global y no meramente en el de los clausulados contractuales”³⁹⁸. La modificación, o más frecuentemente, eliminación de una CGC mediante la aplicación de controles de contenido puede suponer una modificación clara de los equilibrios contractuales que se han tenido en cuenta a la hora de establecer elementos esenciales como el precio. La contratación financiera reciente, en particular la relativa a gastos y comisiones por falta de transparencia en la contratación bancaria ofrece un claro ejemplo de ello, pues, eliminados éstos, se rompe este equilibrio y se producen efectos antieconómicos³⁹⁹. Es un punto importante por considerar, como luego haremos, en relación con las consecuencias de los controles y la utilización de la nulidad como norma “punitiva y ejemplarizante”.

2.6.1.3. *Fracaso de los mecanismos de mercado para tratar el problema de las CGC*

Sea la que sea la razón del fracaso del mercado y de la falta de efectividad de las normas de defensa de la competencia, lo importante es que el problema de las CGC “sigue ahí” y ni el mercado ni sus normas son suficientes. Para la doctrina ese es un argumento adicional de refuerzo de otros a favor de la introducción de controles⁴⁰⁰.

³⁹⁷ GINER PARREÑO, C., “Condiciones...”, o.c., p. 24

³⁹⁸ GINER PARREÑO, C., “Condiciones...”, o.c., p. 23.

³⁹⁹ Un ejemplo reciente en España lo tenemos a este respecto con la jurisprudencia de distribución de costes de constitución de la hipoteca, que ha considerado que una parte de estos correspondían al predisponente. Como han explicado GOMEZ-POMAR, F, y ARTIGOR GOLOBARDES, M. “Costes...”, o.c., pp. 85 y ss.

⁴⁰⁰ Véase entre otros MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 438.

Para otros autores su papel es especialmente relevante. Especialmente desde el ámbito del análisis económico, la participación en la elaboración del contenido no es importante para la necesidad de existencia de un consentimiento libre, y lo determinante, como señala ALFARO AGUILA-REAL, “lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la es la selección entre opciones alternativas y transparentes”⁴⁰¹. Ante ese fallo de mercado que impide que la competencia cumpla con su función, es necesario intervenir, pues “cuando se trata de condiciones predispuestas la estructura del mercado de dichas condiciones hace que no sea exigible al consumidor al que no le gustan las condiciones que le proponen que se abstenga de contratar y se dirija a la competencia”⁴⁰². Por lo tanto “los legisladores de todos los países occidentales han sentido la necesidad de intervenir autorizando a los jueces para que declaren la nulidad de aquellas cláusulas que tengan un contenido injustificadamente perjudicial para sus clientes”⁴⁰³.

Aún más determinante es la cuestión para PAGADOR LOPEZ, quien ve en estos fallos la razón principal de introducir controles en las CGC. Para este autor, lo relevante es que los mecanismos del mercado y la competencia no consiguen actuar eficazmente respecto a determinados aspectos de la regulación contractual, los secundarios y de carácter jurídico como son las CGC. Por lo tanto, para este autor no se trata de que determinadas materias, por el hecho de venir reguladas mediante condiciones generales, queden sustraídas a la acción del mercado y la competencia sino que es la falta de competencia, y, por lo tanto, de control de mercado, lo que permite esa capacidad de predisposición unilateral⁴⁰⁴.

Eso explicaría para PAGADOR LOPEZ que aquellos aspectos que sí están sometidos al control del mercado deban quedar fuera del control de contenido. Las prestaciones esenciales del contrato, o la parte económica de éste (precio y prestación), siempre que haya transparencia, no necesitan controles adicionales “porque los mecanismos del mercado y la competencia no dejan de actuar con respecto a la parte económica del contrato por el hecho

⁴⁰¹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 67

⁴⁰² ALFARO AGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación” en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, dirigidos por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ y L.M. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON, Madrid: Civitas, 2002, p. 85.

⁴⁰³ ALFARO AGUILA-REAL, J., “Función...”, o.c., pp. 75-76.

⁴⁰⁴ PAGADOR LOPEZ, J., “Proporcionalidad ...”, o.c., p. 172.

de que formalmente venga recogida en cláusulas predispuestas por uno de los contratantes”⁴⁰⁵.

2.6.2. Protección de la confianza y del mercado

Otro argumento favorable a la intervención en las CGC en el marco del mercado, pero que enlazará con el siguiente de protección de la parte débil, tiene que ver directamente con la necesidad de proteger el mercado y el tráfico jurídico.

Se trata de proteger la confianza de los operadores en el mercado que un tráfico eficiente exige. Como señala MIQUEL GONZALEZ, “la confianza del consumidor es una exigencia de la sociedad de consumo, pero también la del adherente empresario lo es en el tráfico entre comerciantes o empresarios en general”⁴⁰⁶.

Igualmente se considera para que la seguridad en el tráfico justifica (MATON PACIN) la intervención para proteger a los adherentes de buena fe que firman un contrato considerando la inexistencia de cláusulas abusivas. Como ya hemos visto, en determinados supuestos la lectura de las CGC puede no tener ningún sentido económico (por la relación de coste beneficio que supone). Como señala la autora se produce la exoneración para el adherente de cualquier responsabilidad sobre la documentación que se le entrega, “relevándole de la necesidad de una inspección y valoración atenta del clausulado, por mucho que su conocimiento y comprensión se presuponga por la existencia de un control de incorporación”⁴⁰⁷. Igualmente puede considerarse análogo razonamiento respecto a las cláusulas sorpresivas recogidas en algunos ordenamientos o a las expectativas razonables. Se trata en todos ellos incrementar la confianza en el mercado evitando que se introduzcan en el contrato contenidos más allá de lo que un determinado adherente pudiera esperar razonablemente de acuerdo con sus requisitos personales y las circunstancias del negocio jurídico a que se refiere el contrato.

⁴⁰⁵ PAGADOR LOPEZ, J., “Proporcionalidad ...”, o.c., p. 172.

⁴⁰⁶ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., 439-440.

⁴⁰⁷ MATON PACIN, N., *Cláusulas...*, o.c., p. 272. No estamos de acuerdo, si es que, como parece desprenderse de su obra, fue la intención de la autora, que el adherente esté relevado de esta obligación, desde luego no por ninguna norma legal. Si lo es en el sentido de la comprensión que todos tenemos ante estas situaciones, incluso los jueces, estoy de acuerdo. El asunto, como vemos es importante, porque enlaza con el deber de actuar con la debida diligencia.

Un argumento parecido se planteó en el debate en Australia antes referido, donde se establecía como un objetivo político que la mejora de las condiciones del mercado para los pequeños y medianos empresarios tuviera un efecto beneficioso,

“ El objetivo de la política es ayudar a proporcionar igualdad de condiciones para los de pequeñas empresas cuando interactúan con otras empresas como clientes usando condiciones generales [contratos estándar]. Esto mejorará el bienestar de los australianos al aumentar la certeza y la confianza de las pequeñas empresas.”⁴⁰⁸

En esta misma línea GONDRA ROMERO proporciona otro ejemplo negativo para el mercado mismo, que justifica la introducción de controles. Para este autor las CGC suelen operar trasladando los riesgos contractuales a la parte más débil, generalmente en situaciones en que esta parte no es quien tiene capacidad de controlar el riesgo. En el caso de los riesgos asegurables, si estos se mantienen con quien mejor puede controlarlos (el predisponente), este dispondrá de un incentivo para reducirlos usando de su diligencia (mejoras en la prima, etc.). En cambio, si los riesgos se desplazan vía CGC a los adherentes, los incentivos para quien domina el riesgo desaparecen, y es más fácil que los daños se produzcan⁴⁰⁹. Por lo tanto, el control de CGC debe hacer que los riesgos de cumplimiento de la prestación recaigan en principio sobre la parte que ha asumido en el contrato esa prestación y se encuentra en mejores condiciones de prevenirlos o evitarlos”⁴¹⁰.

2.7. Las CGC en el marco de una economía social y de mercado

2.7.1. La protección del contratante débil

Uno de los argumentos más repetidos, no desligado de los anteriores, es el de la prevención del abuso y la necesidad de protección de la parte débil. Es, de hecho, en ocasiones, como luego veremos, el corolario de la mayoría de los argumentos relativos a los problemas que ocasionan en la voluntad contractual. El término “parte débil” en esta disciplina de CGC lo había introducido KESSLER, como vimos anteriormente, en 1943. Ha tenido particular éxito en nuestra doctrina y especialmente en la jurisprudencia, que tiende a usarlo profusamente.

⁴⁰⁸ GOBIERNO DE AUSTRALIA, *Extending...*, o.c., p.44.

⁴⁰⁹ GONDRA ROMERO, J.M. “Condiciones...”, o.c., p. 238.

⁴¹⁰ GONDRA ROMERO, J.M. “Condiciones...”, o.c., p. 239.

La doctrina concluye que en general que el procedimiento de contratación mediante CGC produce una necesidad de protección de carácter general⁴¹¹.

En realidad, lo que se considera aquí no es tanto el cómo se produce este abuso de poder (cuáles son los elementos), sino que se va directamente al resultado y por lo tanto es un resultado que puede darse en una pluralidad de situaciones, tanto en las CGC, como en los contratos de adhesión, e incluso en los contratos negociados individualmente en ocasiones (como vimos en las Directivas de Morosidad).

La dificultad consiste en establecer de una forma menos abstracta cuál es ese resultado injusto o abusivo. Cuando hablamos de estipulaciones o acuerdos concretos puede resultar más o menos fácil determinar cuándo un resultado no es aceptable para una sociedad o para el Derecho. De ahí los límites al contrato en forma de normas de derecho imperativo que todos los sistemas jurídicos reconocen, típicamente en cláusulas específicas (por ejemplo, la renuncia a acciones derivadas de una conducta culposa de la contraparte) o en contratos determinados (normativa de arrendamientos urbanos, del contrato de agencia, etc.). En estos se niega a las partes la capacidad de acordar determinadas cuestiones porque se entiende que hay un interés general superior o que en el caso resulta imposible que haya un acuerdo de voluntades realmente libres.

El problema de nuevo es que el ámbito de aplicación de las CGC es tan extenso que la guía o límite va a ser necesariamente un concepto amplio más o menos indeterminado. Sobre la base de este, el juez, en un caso concreto y *a posteriori*, tendrá que reconstruir no el contrato al que las partes hubieran llegado si hubieran estado en situación de igualdad (de poder negocial y de determinación del contenido, de conocimiento, de costes, etc.), sino un resultado que se considera por un tercero, el juez o la autoridad administrativa, como objetivamente justo. Obviamente, no se trata de una fijación arbitraria, y hay que estar a las circunstancias del caso concreto, el contexto del contrato, los riesgos en juego y quien tiene mejor capacidad de asumirlos. Como toda cláusula general presenta incertidumbres desde el punto de vista de la seguridad jurídica hasta que su contenido quede establecido. De ahí precisamente que se acompañe en general el concepto de listas (negras o grises) que suponen

⁴¹¹ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 437.

una concreción y guía de lo que el legislador entiende como límite aceptable a la hora de determinar el contenido del contrato.

En los consumidores el mandato de protección es claro, como luego veremos más en detalle. Es respecto al adherente profesional donde esta necesidad de protección precisa mayor justificación. Considerando diversos supuestos y reproches que se le pueden hacer al profesional adherente, ALBIEZ DOHRMANN concluye finalmente que “al final el empresario adherente necesitará seguramente la protección del Derecho”⁴¹². Si, mediante la utilización de CGC se da un resultado “abusivo”, el Derecho tiene que intervenir y “proteger” al “contratante débil”.

Otras voces de nuestra doctrina tradicional son claros al respecto, como señala el mismo DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, usando precisamente este argumento en la materia que nos ocupa:

“El sentido de las posibles regulaciones -sólo protección de consumidores cualquiera que sea su condición económica o protección del contratante más débil aunque no sea consumidor- abre una polémica que debe mantenerse, como ya hemos dicho, en un terreno de política jurídica. Todos aquellos que crean en la necesidad de protección de los contratantes débiles cualquiera que sea la participación que hayan tenido en el contrato, optarán por la segunda de las soluciones. Quien en cambio considere que en una contratación entre profesionales, donde los consumidores están ausentes, debe dominar la libertad de contratar, optarán por la primera de las soluciones.”⁴¹³

El argumento de la protección de la parte débil encaja además con consideraciones morales y políticas de larga tradición en la cultura de los países occidentales de raíz cristiana. Estos enfoques han sido reforzados por las posiciones política-económica más recientes de protección a grupos concretos cuyos intereses no se tienen en cuenta por el sistema tradicional liberal, como son los consumidores.

Estos razonamientos tienen además una ventaja frente a los argumentos económicos, muchas veces no tan sencillos de entender, y es su facilidad para transmitir el mensaje de la

⁴¹² ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección...*, o.c., p. 257. Hay que reconocer que esta frase está sacada un poco del contexto en que la formula ALBIEZ DOHRMANN, pero creo que resume bastante el espíritu de este trabajo y de otros, empezando por su mismo título.

⁴¹³ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, o.c., p. 462. Como luego veremos, se inclina finalmente por la ampliación de la protección a los profesionales.

necesidad de restaurar un equilibrio roto. Por eso, aunque sea objeto de críticas, siguen persistiendo en nuestra doctrina y tribunales. La posición es criticada en muchas ocasiones por quienes entienden que los fundamentos del control son otros, pero al final es difícil no encontrar, incluso en esos mismos autores, más de dos páginas seguidas de cualquier trabajo de CGC donde no se repitan alguna de las dos palabras “protección” y “parte débil”, o las dos. Aunque a veces no se quiera decir lo mismo con la necesidad de defender al contratante débil, el mensaje se entiende perfectamente, y sirve en el fondo para resumir muchas posiciones diferentes.

2.7.2. La modernización del concepto de contrato

Las CGC no son el único fenómeno que cuestiona el concepto clásico o liberal del contrato consagrado en los códigos. Su desarrollo se produce de forma paralela y entrelazada con la modernización del concepto de contrato en muchos otros aspectos, y una visión más social de las relaciones jurídicas y económicas, con el paralelo desarrollo histórico de las sociedades en las que tiene su aplicación.

La realidad económica de la segunda mitad del s. XX y del s. XXI, en sociedades de economía de mercado hace que no podamos seguir entendiendo el contrato de la misma manera que en el s. XIX. Si la sociedad ha evolucionado en tantos aspectos, así debe hacerlo el concepto mismo de contrato en la mayoría de los derechos. Como señala DÍAZ ALABART, a lo largo de todo el s. XX va progresando una idea de contrato menos rígida en favor de un mayor equilibrio de las posiciones contractuales, optando “por valorar más la justicia de las obligaciones contractuales equilibradas frente a la seguridad que proporciona la inalterabilidad del pacto, aunque ello suponga algún menoscabo de la importancia de la autonomía de la voluntad al menos tal y como se entendía en el momento de la codificación”⁴¹⁴.

Así se busca en general una mayor justicia material (en parte por influencia del derecho de consumo, pero no exclusivamente). En esta línea, MIQUEL CONZALEZ critica por excesivamente formalistas las posturas de GONDRA ROMERO sobre el valor vinculante de la declaración de voluntad, ya que esto es “hacer tabla rasa de una evolución

⁴¹⁴ DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 50.

política, económica, social y jurídica que se plasma en la actual Constitución. Esta al proclamar el Estado social y democrático de derecho, está lejos de concebir la autonomía privada sometida, como principio de tal modo a la seguridad jurídica que quede reducida a un mero *flatus vocis*”⁴¹⁵. En esa misma línea ALBIEZ DOHRNMANN repite “todo el derecho contractual se ve envuelto por un criterio que se daba por consolidado en la teoría general. El contrato tiene que responder a unos intereses equilibrados, porque de lo contrario difícilmente puede tener aceptación en el mundo del Derecho”⁴¹⁶.

2.8. Conclusiones a los fundamentos de control. Multiplicidad de motivos de control, pero relevancia del objetivo de justicia y protección del contratante débil

Los motivos que hemos ido desgranando en los apartados anteriores, que sirven para justificar el control de contenido, no son, como ya puede intuirse, excluyentes, sino confluyentes, y se refuerzan los unos a los otros. Por eso, en general, tampoco hemos procurado destacar las críticas que cada uno de ellos suele recibir desde las otras posiciones.

Dada la amplitud del fenómeno de las CGC y los casos que abarca, parece que cuantos más elementos justifiquen el control, mejor podremos defender su aplicación a éste u otro caso que, sin embargo, no se justifica mediante otro argumento.

Un buen ejemplo de esta batería argumental y refuerzo mutuo lo podríamos encontrar en Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO quien al considerar precisamente los fundamentos de control señala (los textos entre corchetes y subrayados son nuestros):

“Éste es el requisito [la predisposición] que explica el control del contenido con las matizaciones que hemos expuesto anteriormente. Cuando una de las partes de un contrato presenta a la otra un proyecto contractual preparado con antelación sin que se deduzca de las circunstancias que no es más que un borrador para servir de guía a la negociación, no están presentes los presupuestos que justifican el respeto y la protección a los acuerdos entre particulares que queda reflejado en el artículo 1.255 CC. Es decir, la predisposición (y la presentación del contenido contractual como un «lo toma o lo deja») impide que funcionen correctamente los controles e incentivos que permiten predecir, en la generalidad de los casos, que el contenido de los contratos es, normalmente, justo [ausencia de justicia material]. Sabemos que los contratos tienen un contenido «justo» porque si un contratante lo sintiera como injusto, simplemente, rechazaría firmarlo [déficit o límites de la voluntad]. En los contratos de adhesión, la predisposición de su contenido por el empresario le permite «colar de rondón» una regulación que, como ya señalara De Castro, no se atrevería a

⁴¹⁵ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., pp. 434-435.

⁴¹⁶ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección...*, o.c., p. 227.

incluir en un contrato negociado individualmente [problema de agencia]. Porque; respecto a la parte predispuesta del contrato (la «letra pequeña»), el empresario puede confiar razonablemente en que el adherente no se molestará en leer el clausulado [asimetría informativa]. No lo hará porque no sería razonable hacerlo [asimetría de costes]. Es esa falta de «control de mercado» [fallos de mercado] lo que explica por qué siguen existiendo tantas cláusulas desequilibradas en nuestra práctica mercantil y la que justifica la intervención del legislador para proteger a los adherentes “⁴¹⁷

Para quien pretenda defender posturas contrarias a la aplicación de estos controles en determinados supuestos⁴¹⁸, el problema es que los argumentos parecen funcionar como una especie de monstruo de siete cabezas, pues cuando se corta una aparecen aún más.

3. Argumentos para la no aplicación de controles de contenido específicos a las CGC

Junto a los fundamentos favorables a introducir controles específicos para las CGC, corresponde exponer los argumentos contrarios, que defienden la no aplicación de dichos controles. La mayoría de los fundamentos para controlar las CGC antes expresado se pueden leer al revés, como veremos. Por ello no voy a insistir en algunos ámbitos que ya hemos visto antes.

Por otro lado, no se trata aquí de defender las virtudes o ventajas que la contratación bajo CGC puede suponer, eso ya se ha hecho de manera extensa, sino únicamente defender que permitida esta, no debe intervenir en los contratos solo por haber utilizado este procedimiento de determinación del contenido contractual.

Una parte importante de los argumentos, especialmente desde el ámbito europeo, realmente defienden la no extensión de la protección a los profesionales, y el no control en general. En el ámbito europeo, la protección de los consumidores está firmemente anclada mediante la Directiva 93/13, y, por eso, los argumentos que se formulan se refieren únicamente al aspecto específico de los adherentes profesionales.

⁴¹⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentario al art. 1” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, p. 112.

⁴¹⁸ En este sentido, además de la cuestión de las CGC entre profesionales, el caso más controvertido sea probablemente el de la aplicación de los controles a los elementos esenciales como son el precio, que no se justifica desde alguna de las posturas.

3.1. Preservar la seguridad jurídica

Uno de los principales problemas que suelen señalarse a la hora de introducir controles en el contenido de las CGC es el riesgo que supone para la seguridad jurídica de la contratación. La cuestión está ligada, no tanto a los controles en sí, sino a las fórmulas elegidas y al miedo general de entrar a revisar el contenido del contrato. Como hemos visto, en los países que introducen un control de contenido específico, este suele ser algún tipo de cláusula general, acompañada, o no, de uno o varios listados de cláusulas prohibidas absoluta o relativamente.

El argumento es importante porque, como se sabe, el art. 9 de la Constitución Española garantiza expresamente, además de otros principios jurídicos, la seguridad jurídica. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON señala que la seguridad jurídica tiene múltiples significados: como “posibilidad de conocimiento y certidumbre del sistema normativo aplicable a un caso o a una situación determinada, de manera que se pueda predecir o pronosticar con algún fundamento cuáles van a ser las normas aplicables y cuáles son los resultados o las consecuencias que de la situación pueden derivar o extraerse”⁴¹⁹.

Por eso, como continua más adelante este autor, el principio de seguridad jurídica enlaza con los problemas relativos a la interpretación de las normas legales que contienen fórmulas concebidas con una gran dosis de amplitud. Entre estas destacan las cláusulas generales y, en concreto, la de buena fe. Citando a la doctrina alemana, señala DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, que mientras su núcleo “resulta indubitado”, “tiene un halo en que las cosas ya no son tan claras”⁴²⁰. Es ese ámbito en que no están tan claras donde, por lo tanto, habría un riesgo de intromisión excesiva.

La utilización de esta fórmula es recomendable por la gran cantidad de situaciones y contratos que contienen CGC, ya que esta cláusula general de control permite operar “con criterios generales adaptables a las concretas situaciones tomándolas en cuenta de modo especial.”⁴²¹. Para DIAZ ALABART la buena fe responde a reglas no escritas, pero que resultan conocidas por todos, ha de responder necesariamente a un concepto muy genérico,

⁴¹⁹ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, o.c., p. 68.

⁴²⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, o.c., p. 71.

⁴²¹ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...” , o.c., p. 440.

pues su esencia es la de un conjunto de reglas de conducta que habrá de adecuarse a la situación concreta que contemplemos, de las relaciones contractuales⁴²².

El mismo DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON se refería a los posibles problemas de la posterior concreción si la incorporación de la Directiva 93/13 se hacía solo mediante la cláusula general, y no con el listado de cláusulas prohibidas como finalmente se hizo a través de la LCGC. La existencia únicamente de una definición abstracta podría conducir a soluciones dispares y favorecer la inseguridad jurídica ⁴²³.

Aunque luego volveremos con más detalle sobre las posibles fórmulas de protección para los profesionales, la cláusula general supone un riesgo para los operadores jurídicos. Resulta difícil saber si sus CGC resultan aceptables o si, por el contrario, van a ser rechazadas amparándose en parámetros generales, aplicados posiblemente muchos años después, como demuestra la experiencia alemana a la que tanto nos hemos referido⁴²⁴.

3.2. Preservar la libertad contractual y la autodeterminación. Autorresponsabilidad e innovación contractual.

La intervención en el contenido de las CGC implica limitar la capacidad de las partes respecto al contenido del contrato, y por lo tanto recortar un principio esencial de nuestro derecho como es la libertad de pactos. Esta libertad no es absoluta, pues el mismo derecho le reconoce límites a través del obligado respeto a las normas imperativas, la moral y el orden público. Además, la libertad de contratar hay que verla para ambos contratantes, no solo para el predisponente.

No vamos a insistir en el tema, que ya hemos visto antes, aunque sí vamos a destacar dos aspectos. El primero es el factor de la autorresponsabilidad como parte íntegra de la decisión de contratar y el segundo los efectos de las restricciones en la capacidad de innovar mediante nuevas formas de contratación, y la adaptación a los cambios económicos, sociales y, especialmente en nuestra época, tecnológicos.

⁴²² DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 72

⁴²³ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “Las condiciones...”, o.c., p. 40

⁴²⁴ La existencia de normas más concretas, mejor que con listas mediante una apropiada regulación de los contratos que indique cuáles son los límites que no se pueden traspasar en aspectos concretos (considerando el uso de CGC) sería una mejor solución. Ambas tienen el inconveniente de no regular todos los supuestos y la necesidad de considerar el carácter exhaustivo o no de la regulación a la hora de proceder a una posible aplicación de la analogía.

3.2.1. La responsabilidad como elemento esencial de la libertad contractual.

El acto de autodeterminación impone igualmente la exigencia de un cierto nivel de autorresponsabilidad, punto sobre el que queremos insistir. El ejercicio de cualquier derecho, como es la firma de un contrato, debe asumir también cierto grado de responsabilidad por parte de quien lo hace.

El principio de la autonomía de la voluntad, autodeterminación del contratante, no puede desligarse de la responsabilidad que supone contratar. Comentando URÍA GONZALEZ el art. 1.341 del Código Civil italiano, destacaba la combinación del principio de la voluntad con el de la responsabilidad: si el cliente presta su adhesión a condiciones conocidas significa que las ha querido (principio de la voluntad), y si no las ha conocido, pero debería conocerlas, las condiciones son igualmente eficaces porque el contratante no puede sustraerse al vínculo contractual invocando su propia negligencia (principio de la autorresponsabilidad)⁴²⁵ Esta opinión es combatida tanto como la doctrina italiana como por la nuestra propia⁴²⁶.

Las posiciones contrarias parten de una asunción que creo que no tiene validez universal, y es que la lectura por parte del adherente de las CGC no es racional, por ser poco eficiente desde el punto de vista de los costes que conlleva. La racionalidad es una cuestión de graduación, que va además íntimamente unida a la responsabilidad. A la hora de suscribir un contrato es exigible, como decíamos anteriormente, un mínimo juicio sobre la responsabilidad que este implica y la aceptación de este. De hecho, frente a lo que han comentado algunos autores no hay ninguna norma que nos autorice a no leer un contrato sino todo lo contrario. Si firmamos un contrato de forma no solo voluntaria sino libre, la

⁴²⁵ URÍA GONZALEZ, R., “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, en *RDM*, 1956, p. 238.

⁴²⁶ En concreto podemos destacar a SANCHEZ ANDRES para quien así solo se consigue una ficción de consentimiento que confirma legislativamente la validez de condiciones inicuas SANCHEZ ANDRES, A., (“El control...”, o.c., pp. 157-158). Por su parte, MIQUEL GONZALEZ los rechaza considerando que no dan cuenta de la realidad del fenómeno de las CGC, encierran discursos legitimadores de las CGC que pueden tener una influencia negativa en las decisiones judiciales y están cargadas de una ideología discriminadora porque “no tienen en cuenta que los adherentes no leen habitualmente las condiciones generales y no existe una carga de leerlas” (MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Reflexiones sobre las condiciones generales” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. por Juan Luis Iglesias Prada, Vol. 4, 1996 pp. 4941-4962). ALFARO AGUILA-REAL señala las razones y experiencia práctica que todos tenemos a la hora de afrontar las CGC. Se pone el énfasis en particular en el carácter racional que tiene la decisión de no hacerlo, dado el desmesurado coste que esto tendría en relación con sus efectos (ALFARO AGUILA-REAL, J., *Condiciones generales...*, pp. 76 y ss.). Para este autor habría autodeterminación respecto a unos elementos (los principales) y en los otros solo habría un “darse por enterado”.

adquisición de un producto por un determinado precio (lo que para ALFARO AGUILA-REAL es un ejercicio de autodeterminación y de auténtica voluntad contractual) tendremos que aceptar al menos la responsabilidad de que dispongamos de dinero para pagar el precio. Ningún derecho, a nuestro entender, ampara salvo causas justificadas⁴²⁷ el mero incumplimiento del contrato porque quien contrató no asumió las consecuencias de la obligación de pagar el precio.

La responsabilidad es un elemento esencial de cualquier contrato. Otra cosa distinta es, como señala el ejemplo de ALFARO AGUILA-REAL, que esta no sea exigible en el mismo grado en todas las situaciones y frente a todas las consecuencias. Ante la firma de un contrato de escasa entidad, todos podemos entender, porque lo hemos hecho, que no se lean las CGC. Es el argumento antes visto de PAZ-ARES RODRIGUEZ de movernos en el mundo de los contratos de escasa entidad (*small sum-transactions*). Pero si salimos de este mundo, las conclusiones pueden, o deben, ser diferentes.

La responsabilidad va a ir unida fundamentalmente al riesgo que se asume, los posibles beneficios (determinado por la finalidad para la que se realiza la operación) y a la capacidad para entender y afrontar el riesgo.

El riesgo vendrá determinado por las obligaciones a asumir, tanto activas (realizar la prestación principal que me corresponda; por ejemplo, entregar la cosa o pagar el precio), y otras de tipo pasivo que corresponden a soportar determinados resultados negativos (riesgo de pérdida o daño de tipo económico o personal, mayores costes o actividades, etc.). Pues bien, las obligaciones de leer unas CGC, con los costes que eso supone, van a venir determinadas por el beneficio en relación con los riesgos. Cuanto mayor sea el riesgo económico, mayor será mi responsabilidad.

La finalidad del beneficio puede ser la satisfacción de una necesidad personal, que a su vez puede ser elemental (tales como alimento, vivienda, salud, etc.), superflua (recreacional o de ocio) o incluso especulativa (buscar una ganancia, como quien compra una vivienda pensando en revenderla). En la actividad empresarial hay una organización

⁴²⁷ Las excusas suelen ser más creativas y hacen relación a la discordancia de calidad del producto, etc. También lógicamente caben restricciones incluso a estos elementos, precios máximos etc., en determinados casos en que así lo determina una norma de política económica por razones, generalmente, excepcionales.

económica de recursos para la producción de bienes y servicios orientada al mercado, que generalmente, aunque no de manera necesaria, implica la búsqueda de un beneficio (el ánimo de lucro).

Cuanto más subamos en la escala, mayor será la responsabilidad exigible a los sujetos. Así, en una sociedad de fuerte componente social como la nuestra, se dará una mayor protección en relación con determinadas personas y en particular con los bienes que cubren necesidades personales. Así, por ejemplo, la vivienda y la energía son sectores con contratos más regulados. En otros casos, las necesidades se cubren directamente por los poderes públicos (sanidad, educación) o indirectamente a través de subsidios para quienes no tienen medios para adquirir otros productos (como los alimentos, etc.).

En cambio, la satisfacción de las necesidades personales de otro grado, por ejemplo de ocio o las meramente especulativas, se consideran que requieren un menor grado de intervención. Por otro lado, la posición de quien realiza la actividad empresarial, igualmente digna de protección bajo nuestra Constitución y también necesaria, implica que quien la ejerce tenga un mayor grado de responsabilidad aun mayor que los particulares.

Por último, y ligado directamente a lo anterior, la capacidad de asumir el riesgo va a depender de la posibilidad de entenderlo y valorarlo, y de sufrir el impacto de sus consecuencias. El primer aspecto, el cognitivo, está ligado a las cualidades personales (capacidad de entendimiento) o de organización (los recursos de los que dispongo o puedo disponer, como asesoramiento técnico, etc.). Lo mismo respecto a la capacidad de asumir el impacto del riesgo. En unos casos quien no opere en el marco de una actividad empresarial tendrá que asumir el potencial impacto negativo con su patrimonio personal, mayor o menor, sin poder repercutirlo. En cambio, en la actividad empresarial el impacto, y a veces el riesgo mismo, pueden ser trasladados a otros sujetos. Esta traslación puede darse directamente, pasándolas a terceros (subcontratistas sucesivos en la cadena), o mediante su integración indirecta en el proceso productivo (mayores precios para los clientes o, si esto no es posible para la competencia existente, menores beneficios para los accionistas o titulares del negocio).

La combinación de todos estos elementos determinará un nivel exigible de responsabilidad, autorresponsabilidad en realidad, esperable de cada sujeto en su comportamiento económico, que afectará de manera importante al acto de

autodeterminación. No son solo los mercados, o la competencia en los mismos los que determinan las consecuencias del acto de determinación.

La responsabilidad, como parte del concepto de libertad contractual, puede y debe en muchos casos ser objeto de gradaciones, matizaciones y excepciones en vista de las circunstancias que concurran. Eliminarla o amortiguarla tanto que sea irreconocible puede ser tan perjudicial o más que exigirla cuando no se debe. Al igual que la determinación unilateral de las condiciones comporta un riesgo de oportunismo por el predisponente (determinación unilateral abusiva de las condiciones contractuales), la eliminación de la responsabilidad respecto a las CGC (no estar vinculado por nada que no sea el precio) impone también el riesgo de comportamientos oportunistas por los adherentes. Por eso, en la decisión de someter a control, y sobre todo la intensidad de los controles, hay que tener en cuenta la posibilidad de comportamientos de los adherentes a su nivel exigible de responsabilidad.

3.2.2. La innovación contractual.

Una excesiva intrusión en la libertad contractual, de forma general, además de efectos individuales en los contratos particulares, puede tener igualmente consecuencias genéricas en cómo se desarrolla el tráfico jurídico, y, sobre todo, en cómo se innova en él. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON señala que la autonomía de la voluntad tiene varias vertientes. La primera, la libertad de contratación, la libertad de constitución de las relaciones contractuales. También es la libertad de elección del tipo contractual, y por lo tanto, de “construir libremente otros distintos”, y, por último de modificar el contenido legal de los contratos típicos sustituyendo el derecho dispositivo por otro distinto. Aunque ya vimos que las CGC pueden requerir un plus de protección para los adherentes, el problema es que si la protección es demasiado rígida, será difícil innovar con los contratos y por lo tanto, adaptar el Derecho a los cambios tecnológicos.

En muchas modalidades económicas, especialmente en el marco de progreso tecnológico actual, las nuevas formas de contratación son necesariamente bajo CGC, puesto que implican a un número creciente de sujetos vinculados los unos a los otros y requieren, para su funcionamiento, de reglas uniformes. El concepto no es nuevo, y ya hemos visto que se daba también en amplias formas de la contratación ya existente, en particular, en los contratos de distribución, etc. En todos los supuestos en que las actividades de unas

contrapartes afectan a los demás contratantes las CGC son una necesidad, porque se necesitan comportamientos y regulaciones contractuales estandarizadas.

Muchas de las nuevas formas de contratación no son fáciles de entender porque responden a modelos económicos nuevos. Casi todas las formas de innovación contractual que se han producido han chocado de alguna forma con las reglas y el entendimiento del estado de la cuestión del marco de relaciones del momento. Pero a la larga, como pueden aportar aspectos positivos que compensen los negativos, se han aceptado y regulado (por ejemplo, los títulos valores, que conllevan un elemento de abstracción no aceptable en general en nuestro derecho, pero que cumplen una evidente y necesaria función en el tráfico mercantil). Si determinados contratos y formas de hacer negocio como esta que acabamos de mencionar pudieron surgir en su momento fue por ese principio de libertad contractual. El problema de introducir controles, desde este punto de vista, es crear un medio ambiente adverso por incertidumbre de la validez de estas nuevas formas. El problema es similar, pero agravado, al que GILSON, SABEL y SCOTT señalan que sucede en algunos casos de innovación contractual, en los que los tribunales por inercia o por convicción, aplican en EEUU lo que consideran las reglas estándar por defecto del derecho consuetudinario del contrato sin entrar a considerar el carácter novedoso de la forma⁴²⁸.

Dado que la experiencia demuestra que la innovación contractual ha tenido efectos generalmente positivos, sería recomendable permitir en muchos ámbitos de las relaciones contractuales un amplio margen de libertad⁴²⁹. En el ámbito de la contratación entre profesionales es importante que haya un marco normativo en el que pueda fructificar la innovación, que es esencial para que el derecho se adapte a los cambios económicos y tecnológicos cada vez más rápidos y frecuentes.

⁴²⁸ GILSON, R. J., SABEL, C. F., y SCOTT, R. E. “*Contract and innovation: The limited role of generalist courts in the evolution of novel contractual forms*” en *New York University Law Review*, nº 88 Vol 1, p. 174.

⁴²⁹ Hay que reconocer que en muchos casos la innovación contractual no es tal, sino darle un recubrimiento diferente a formas ya existentes, a fin de sortear restricciones o prohibiciones, pero este no es un problema de CGC.

3.3. Evitar rigideces innecesarias, y sobreprotección y evitar factores anticompetitivos en el comercio internacional

Este es el argumento que se esgrimió durante el trámite parlamentario de la LCGC para excluir del ámbito subjetivo de su aplicación a los adherentes profesionales. Se percibe que la introducción de formas de control de la contratación mediante CGC supone la introducción de factores de riesgo adicionales y, en relación con determinados controles de inclusión o transparencia, requisitos de carácter burocrático⁴³⁰. Las rigideces y mayores requisitos se traducen en mayores costes, aunque algunas experiencias parecían dudar de estos mayores costes⁴³¹.

3.3.1. Excesos de protección formal y ejemplos de mal funcionamiento de los requisitos de inclusión de la LCGC (sobrecarga de información)

Aunque esté relacionado con los controles de incorporación o transparencia más que con los de contenido, el aumento de los deberes de información genera costes adicionales para los predisponentes (que deben repercutirse indirectamente) y, por otro, la sobrecarga de información tampoco parece generar un efecto positivo en los adherentes (sí en cambio, cuando se da menos pero mejor información en forma de un resumen de las CGC, como vimos en el estudio de PLAUT y BARTLETT⁴³² reseñado anteriormente. Por un lado, esta sobrecarga genera asimismo una apariencia de “legalidad” legitimadora de las CGC que puede tener una influencia negativa en las decisiones judiciales⁴³³. Por otro, genera ocasiones para que los tribunales, a falta de la posibilidad de control de contenido, sigan con rigor

⁴³⁰ Un buen resumen de requisitos de forma en el ámbito general de la contratación con consumidores, mayoritariamente bajo CGC la ofrece HERAS HERNÁNDEZ, M.M., “La forma de los contratos : el neoformalismo en el derecho de consumo” en *Revista de Derecho Privado* . 2005, mes 5-6, pp. 27-50. Como bien señala ese renacer de la forma, además de algunas incertidumbres, no siempre resulta efectiva para el consumidor.

⁴³¹ Durante el debate en Australia referido anteriormente, la autoridad que promovía la posible reforma que se abría a consultas señalaba sus dudas al respecto: “206. Si bien es difícil estimar con precisión los costos de extender el régimen de UCT a las pequeñas empresas, las experiencias en Victoria (antes de la ACL) y en el extranjero sugieren que la implementación de las leyes de UCT no ha aumentado significativamente los costos de cumplimiento ni ha tenido consecuencias no deseadas para las empresas.”, GOBIERNO DE AUSTRALIA, *Extending...*, o.c., p.45.

⁴³² BARTLETT, R. y PLAUT, V., “Blind Consent? A Social Psychological Investigation of Non-Readership of Click-Through Agreements”, en *Law and Human Behavior*, vol. 36, 2012, pp. 1-23.

⁴³³ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Reflexiones...”, o.c., p. 4948.

extremo en el formalismo para compensar situaciones donde perciben una falta de equilibrio material en los contratos.

El exceso de información (*information overload*) afecta especialmente a los consumidores pero no solo. Una mayor cantidad de información no solo no promueve la competencia y ayuda a seleccionar las mejores ofertas, sino, todo lo contrario, empeora la toma de decisión⁴³⁴. FAURE y LUTH, basándose en estudios empíricos llegan a la conclusión de que como resultado de la sobrecarga de información y el estado emocional, los consumidores no leen ni por tanto evalúan las CGC (algo que ya señalaban otros estudios que citábamos en el Título I) y, además, que es poco probable que los deberes de información incentiven la lectura de las CGC. La falta de lectura, como ya vimos, llevaba generalmente a los predisponentes a empeorar las condiciones. Por esto FAURE y LUTZ llegan a la conclusión de que las políticas de protección del consumidor basadas en estos deberes de información no funcionan y producen resultados contrarios a los buscados⁴³⁵.

A pesar de estas dificultades, la información precontractual ha sido “el tema estrella de las últimas directivas sobre contratación con consumidores”⁴³⁶, y sin embargo, como reconoce C. FUENTESECA DEGENEFFE “un efecto negativo que puede producirse es el exceso de información susceptible de provocar la apatía o el desinterés del consumidor”⁴³⁷. Cualquiera que haya intentado firmar una hipoteca, después de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁴³⁸, puede dar fe de las dificultades que supone la firma de un instrumento tan básico en la vida económica de este país y de la vida de las personas, en parte además por la cantidad de información

⁴³⁴ En contra sin embargo de la relevancia del concepto de “sobrecarga informativa”, insistiendo sin embargo, en la necesidad de mejorarla en cuanto a fuentes, atención a los aspectos cognitivos, etc., véase GRETHER, D.M., SCHWARTZ, A. y WILDE, L.L., “The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure, en *Southern California Law Review*, 1986, vol 59 1986 pp. 277-303.

⁴³⁵ FAURE, M.G., LUTH, H.A. “Behavioural Economics in Unfair Contract Terms” en *Journal of Consumer Policy*, vol 34, 2011, p. 350.

⁴³⁶ DIAZ ALABART, S., “Prólogo” en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, dirigido por S. DÍAZ ALABART, Ed. Reus, Madrid, 2015, p. 9.

⁴³⁷ FUENTESECCA DEGENEFFE, C., “La información del consumidor previa a la celebración del contrato” en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, dirigido por S. DÍAZ ALABART, Ed. Reus, Madrid, 2015, p. 9.

⁴³⁸ La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que trasponía en España la Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, a la que se referían los comentarios de la autora mencionada.

previa que muchas veces resulta difícil de asimilar. Esta carga adicional, sin embargo, no ha mejorado por cierto lo más mínimo la redacción de las CGC, sino más bien todo lo contrario.

3.3.2. Los problemas de CGC se pueden modular de forma más eficiente por factores extrajurídicos o relacionales

Frente a una consideración únicamente contractualista de la relación entre el adherente y el predisponente (basada en el contrato únicamente), autores norteamericanos como JOHNSTON o GILLETTE, consideran la necesidad de tener en cuenta factores extrajurídicos que modulan o moderan la aplicación real de las CGC. Las relaciones entre contratantes, profesionales o con consumidores, son en muchos casos relaciones a largo plazo donde ambas partes tienen un interés en general en no explotar oportunistamente los derechos reconocidos en el contrato. El adherente profesional normalmente va a intentar mantener una relación que, pese a los problemas que puedan plantear algunas CGC, le resulta beneficiosa (especialmente si el predisponente no ejerce estos derechos) y el predisponente dispondrá de otros incentivos para no ejercitar estos derechos de forma igualmente oportunista por los riesgos reputacionales que pueden implicar. En el ámbito de los consumidores JOHNSTON considera que, junto al contrato firmado, normalmente bajo unas CGC duras y exigentes, existe un conjunto de instrucciones internas y prácticas discrecionales de moderación en el ejercicio de esos derechos con sus clientes (con los “clientes buenos”, esto es, quienes no tienen comportamientos oportunistas), generando lo que denomina un “contrato bajo CGC a dos tiempos o discrecional” (*two-partt, or discretionary, standard-form contract*)⁴³⁹.

Las conclusiones de este y algunos otros trabajos⁴⁴⁰ presentan dos problemas (a) son estudios basados en datos empíricos de prácticas de empresas en estos momentos, prácticas que pueden cambiar posteriormente en función de las necesidades; y (b) al basarse en

⁴³⁹ JOHNSTON, J. S., “The return of bargain: an economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers”, en *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, p. 864.

⁴⁴⁰ En una línea similar de considerar el contexto respecto al ejercicio, o no, de los derechos concedidos en un contrato con CGC puede verse en GILLETTE, C. P., “Rolling contracts as an agency problem”, en *Wisconsin Law Review*, 2004, pp. 679–722 y BEBCHUK, L. A., y POSNER, R. A., “One-sided contracts in competitive consumer markets”, en *Michigan Law Review*, 2006, vol 104-5, pp. 827-836. En cualquier caso, las conclusiones de este último artículo, basadas en datos empíricos, parecen demasiado limitadas a un tipo de situaciones concretas respecto a la venta de productos con consumidores bien informados que hacen que difícilmente puedan considerarse, así lo señalan los mismos autores, aplicables fuera de este contexto.

prácticas, no en derechos reconocidos, se dejan elementos esenciales de una relación jurídica a la decisión discrecional de una parte; esta puede decidir actuar de manera más o menos dura exigiendo de sus clientes el cumplimiento de comportamientos que tal vez no debieran ser legalmente exigibles en primer lugar.

Sin embargo, estos estudios ponen de relieve la existencia de potenciales comportamientos egoístas por parte de algunos clientes, que son compensados por la dureza de las CGC. Por otro, los trabajos citados sitúan las CGC en el contexto de una relación generalmente más amplia y duradera entre las partes del contrato, que es importante a la hora de contextualizar muchos de los pactos contenidos en CGC.

3.3.3. Aumento de costes y disminución de los factores de competitividad

La existencia de mayores controles puede afectar a la capacidad de las empresas disponentes para competir en los mercados. Como vimos en el Informe Leuschner, la normativa alemana, en particular por su aplicación judicial, impone limitaciones a las empresas alemanas a la hora de pactar aspectos nada accidentales como limitaciones de responsabilidad o garantías, especialmente en proyectos grandes. La posibilidad de sus competidores extranjeros de no someterse a estas limitaciones les confiere una potencial ventaja competitiva sobre las empresas locales. Está claro que establecer un nivel de comportamiento especialmente exigente en determinadas cuestiones que se consideran especialmente relevantes (cuestiones laborales, medioambientales, etc.) tiene un efecto que puede ser perjudicial para la competitividad, sin que ello signifique que se reduzcan los correspondientes factores. Sin embargo, mientras que ese nivel se considera que es generalmente aceptable para los consumidores, no parece tan lógico que puedan beneficiarse de él profesionales, al menos de cierto tamaño.

Vimos anteriormente el ejemplo de los propietarios de un parque eólico, que esgrimían, frente a proveedores alemanes, el argumento del carácter abusivo de las limitaciones de responsabilidad de los contratos firmados bajo CGC (cada uno con un coste de varios millones de euros) por aplicación de la normativa alemana. Estos derechos no se hubieran podido hacer valer frente a proveedores de otras nacionalidades, que suelen evitar la aplicación de la normativa protectora alemana.

3.4. Evitar la fuga de la contratación a regulaciones extranjeras

Como vimos en el Informe Leuschner, las limitaciones impuestas por una normativa más exigente llevan a determinados operadores a buscar someter sus contratos y la resolución de los conflictos surgidos de los mismos a sistemas jurídicos menos intervencionistas. Esta tendencia se daba especialmente en aquellos contratos de mayor importe y partes con mayor capacidad para poder acogerse a otros sistemas jurídicos más beneficiosos para ellos. Se produce así una competencia entre sistemas jurídicos donde unos lucha con otros para atraer inversiones y negocio.

La materia no es del todo irrelevante, porque desde un punto de vista general, a ningún estado le interesa que las disputas entre sus operadores económicos se resuelvan ante otros sistemas o tribunales. En primer lugar, por razones de índole práctica, y, en segundo, por el mensaje de desconfianza que genera en relación con el sistema legal en su conjunto (legisladores y tribunales).

3.5. Conclusiones respecto a los argumentos contrarios a la regulación (o a una regulación muy amplia)

La mayoría de los argumentos que se pueden plantear para no introducir controles en las CGC se basan en los efectos secundarios de tipo económico que la introducción de dichos controles pueda suponer (pérdida de competitividad, cambio de ley, etc.), especialmente para los principales beneficiarios de la libertad (los predisponentes profesionales). Los argumentos de tipo jurídico principal tienen menos que ver con el concepto de la procedencia de la intervención y más con la forma e intensidad en que se desarrolla, debido a la existencia de un fuerte nivel de protección a los consumidores que no se discute. Pero, parece suscitar particulares preocupaciones la aplicación de controles demasiado abiertos, que generen inseguridad jurídica en las relaciones contractuales.

4. Necesidad de tener en cuenta otros elementos, en especial, las características y comportamiento de los adherentes, y el contexto de la contratación.

Como hemos visto en este “debate ficticio” hemos intentado traer no solo los argumentos a favor de los controles de contenido de las CGC en general, sino también aquellos otros que pueden ser contrarios a la regulación. En la doctrina española, como mucho encontramos dudas sobre la materia: así DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON se

muestra dubitativo, aunque al final tome partido por la extensión de los controles (a los profesionales):

“El sentido de las posibles regulaciones -sólo protección de consumidores cualquiera que sea su condición económica o protección del contratante más débil aunque no sea consumidor- abre una polémica que debe mantenerse, como ya hemos dicho, en un terreno de política jurídica. [...]. Hay que confesar que no resulta fácil el optar por uno u otro criterio, aunque, en la duda, una solución como la que hoy adopta el antiguo art. 4.110 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos resulta más ventajosa, como sistema de control.”⁴⁴¹

Se trata de realizar una valoración de los argumentos de peso en ambas direcciones para tomar una decisión político-jurídica.

Pero antes de hacerlo en uno u otro sentido, creemos que, junto a los factores propios de las CGC, es imprescindible tener en cuenta para decidir la aplicación de controles tanto la figura del adherente como el contexto en que este actúa.

Algunos de los sistemas que vimos en el Capítulo anterior, especialmente el alemán, se centran en la actividad y características del predisponente únicamente y basan los controles en la necesidad de poner límites a sus facultades para establecer el contenido del contrato, con independencia de la participación del adherente.

Para ellos no son relevantes, o no mucho, las características del adherente, la “defensa de la parte débil”, ni las asimetrías de poder de negociación o de la información de la estos que disponen. Todas estas cuestiones están en la base del poder de redacción unilateral de las CGC por el predisponente, pero no se trasladan al control. Lo relevante es cómo actúa el predisponente: si abusa de la buena fe, y si con su redacción de las CGC produce una distribución de derechos y obligaciones no equilibrados (sistema alemán), o si se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales (DFCR).

Sin embargo, antes de decidir la introducción de controles, creemos que las circunstancias y condiciones de los adherentes son relevantes (su posición, comportamiento y otras circunstancias personales) y que deben tenerse en cuenta a la hora de tomar las

⁴⁴¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, o.c., pp. 462-463. En otros textos sin embargo parece más partidario de los controles, aunque sea solo a parte de los adherentes profesionales: “En el fondo, las razones que aconsejan regular el fenómeno y proscribir las cláusulas abusivas hacen aconsejable una regulación general. No se ve razón especial para que no puedan resultar protegidos los pequeños empresarios, comerciantes o industriales, y aún los grandes, cuando no han podido discutir el contenido contractual (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “¿Una nueva doctrina general del contrato?” en *ADC*, 1993, Fas. IV, p. 1711)

decisiones de la aplicación de los controles, como también hacen algunos sistemas vistos (el holandés, el australiano, pero también los que, como el español, optan por no controlar las CGC en contratos entre profesionales).

En el ámbito europeo, parece que la postura a favor de la intervención es clara en lo que respecta a la protección de los consumidores, y está asumida ya desde hace tiempo. En cambio, quedan aún elementos, como la extensión del control de contenido a los elementos no accesorios del contrato y sobre todo, la aplicación de controles de contenido entre profesionales que no han tenido una respuesta tan homogénea como hemos visto.

En la contratación con consumidores, al menos en la contratación típica, se suelen dar todas y cada una de las condiciones que hemos visto. Pero frente a esta situación, la práctica que hemos visto que se produce en el ámbito empresarial abarca una riqueza de situaciones mucho mayor. Cuando en una batalla de formularios una de las partes no ha conseguido vincular al otro profesional con sus CGC, y se ve, sin embargo, vinculado por las de la contraparte, que son igualmente gravosas para el adherente cabe plantearse una serie de preguntas si estamos o no estamos realmente ante CGC es decir ¿qué sentido le damos a esa “negociación”?). En otros casos, cuando una empresa de gran tamaño ¿ni siquiera ha intentado negociar las CGC que se le enviaron porque no le resultaba económico dedicarle el tiempo o el esfuerzo necesario ¿Debemos protegerle de sus propias decisiones de ahorro o, si el resultado es contrario a unos estándares, debemos intervenir? Y si, en lugar de entre dos grandes empresas, esto se produce entre dos pequeños empresarios o profesionales ¿debemos también intervenir? Todos estos, y algunos más que podríamos enumerar, son supuestos que hemos visto en nuestro estudio del Capítulo 3, no inventados, por mucho que la mayoría de los casos sigan siendo poco frecuentes. Seguro que, en sede de consumidores también podemos encontrar aquí y allá excepciones y diferencias (el abogado que sí sabe lo que está leyendo, el mecánico que se compra un coche) y capacidades de oportunismo, y sobreprotección, pero en el conjunto de las relaciones siguen siendo residuales⁴⁴².

Por eso, antes de dar por nuestra parte una respuesta a la cuestión de si incluir o no un control para profesionales, merece dedicarle un tiempo específico a entender la posición

⁴⁴² Aunque, a veces (solo a veces) una lectura de casos de la litigación bancaria de los últimos años haría dudar a más de uno de que las situaciones de oportunismo, donde el sentido común nos dice que el adherente no debe ser protegido, son pocas.

del consumidor y sus diferencias con los profesionales cuando actúan como adherentes de CGC.

CAPÍTULO 7: EL TRATAMIENTO DIFERENCIADO ENTRE CONSUMIDORES Y PROFESIONALES ANTE LAS CGC.

1. La influencia del derecho de consumo en el tratamiento de las CGC.

1.1. Introducción: relevancia del elemento subjetivo y la protección del consumidor

Las CGC son un fenómeno que se define por su ámbito material y no subjetivo, y por lo tanto, al menos en principio, deberían ser objeto de un tratamiento único, como insiste la doctrina. Sin embargo una y otra vez vemos que se entremezclan cuestiones relativas a los consumidores: los ejemplos, la terminología, los conceptos claves del derecho de consumo como es el de protección de consumidor. La materia de CGC está impregnada de un altísimo nivel de influencia del derecho de consumo que no se puede soslayar. Al contrario, hay que abordarlo y entender bien las relaciones e interacciones mutuas, porque sin ellas ni podremos entender bien las CGC, ni tratar adecuadamente el supuesto de los adherentes profesionales.

Por ello hay que comenzar enlazando con las cuestiones que nos planteábamos en el Capítulo anterior, sobre la justificación de los controles de contenido. Desde el ámbito del derecho de consumo hay que partir de una premisa básica, se protege a los consumidores, no en esta materia de CGC, sino en todas las materias. Como señala A. BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO sobre el sentido de la protección y del derecho de consumo:

”la propia idea que justifica la necesaria protección de consumidores y usuarios [...] es la desigualdad en que se encuentran los particulares frente a las empresas [...] cuando contratan con ellos o cuando consumen o utilizan bienes o servicios producidos en el ámbito empresarial[...].

Este planteamiento es el que subyace a todo movimiento de protección de los consumidores”⁴⁴³

En nuestra opinión, esta es la razón decisiva de la especial protección que tienen los consumidores en el ámbito de CGC, aunque las demás le sirvan de apoyo. Así se reconoce expresamente en la Directiva 93/13 que en relación con los consumidores y los contratos de adhesión, señala que “los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de

⁴⁴³ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A., “Comentario al art.1” en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, J. Salas Hernández, Madrid : Civitas, 1992, p. 39.

adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos” (Considerando séptimo, Directiva 93/13)

Decimos que es el fundamento determinante pero no el único. Las demás razones que hemos visto (desigualdad de la intensidad de la voluntad, unilateralidad, asimetría informativa, etc.) fueron marcando el camino. El golpe decisivo que hizo ceder en la mayoría de los países el principio de estabilidad de los contratos fue la necesidad de protección del consumidor. Eso no quiere decir que la protección de los consumidores excluya la protección a otros grupos (al profesional adherente), que es una decisión del legislador perfectamente posible. Pero esta es una cuestión diferente que tiene que encontrar sus propios fundamentos, distintos de la protección de los consumidores.

Por eso es necesario abordar y entender mejor las posibles diferencias entre la adhesión por consumidores y por profesionales. El tratamiento actual de la materia es el resultado de la concurrencia de dos líneas de trabajo: el estudio de las CGC desde el derecho de los contratos y el surgimiento del derecho de consumo. Son dos fenómenos que van a desarrollarse de forma muy cercana en el tiempo, influyéndose mutuamente, pero con diferencias también notables.

En los consumidores, concurren una serie de circunstancias que facilitan la tarea de justificar la intervención en el tratamiento de las CGC mediante controles específicos. Por un lado, como ya hemos visto, en ellos es fundamental el reconocimiento de la necesidad de protección a la parte contractualmente débil. Esta necesidad derivada especialmente de la existencia de un mandato de protección específico de nivel constitucional en la mayoría de los países cercanos al nuestro y un estatuto igualmente diferenciado. Además, aunque existan ciertos matices y diferencias en la contratación entre consumidores, las circunstancias en que se da esta tienden a ser mucho más homogéneas que entre profesionales. Así en la contratación entre consumidores la “forma arquetípica” de las CGC (largos y complejos clausulados difíciles de entender, gran disparidad de poder negocial, económico y de conocimiento entre las partes, ausencia de alternativas, etc.) sigue siendo la forma dominante (aunque no exclusiva). Todo ello facilita encontrar respuestas para los fundamentos de control, ya que de hecho suelen ser múltiples y concurrentes las razones que aconsejan ese control.

En el caso de los profesionales, las circunstancias sin embargo no son tan fácilmente encuadrables. Como hemos podido observar en el Título I, la riqueza de situaciones y casos diversos es mucho mayor que en la contratación entre consumidores. El caso arquetípico antes señalado sigue estando presente, y de hecho abarca una parte importante de la contratación, pero no tan general como en el caso de los consumidores.

En realidad, ni utilización de fórmulas estandarizadas de contratación ni la necesidad de proteger a determinados colectivos que hoy llamamos consumidores son fenómenos totalmente novedosos, y hay antecedentes históricos de esos dos casos, hasta a veces remotos. Sin embargo, hasta principios del s. XX la contratación se desarrolla “de un modo casi interindividual con los comerciantes que suministraban dichos bienes y servicios” y se consideraba que las reglas del Código Civil eran suficientes⁴⁴⁴.

Parece haber consenso en que las CGC preocupantes para la doctrina no son antecedentes más o menos remotos (por ejemplo los formularios notariales que siempre se han usado), sino la práctica contractual originada como consecuencia de la concentración empresarial del siglo XIX y la producción masiva de bienes o servicios. Lo que aparece en ese momento como un fenómeno limitado a aquellas empresas que contrataban en masa (distribuidoras de “servicios públicos”, agua, electricidad, ferrocarril), hoy se ha extendido a todos los niveles empresariales, incluidos los pequeños empresarios o profesionales personas físicas que usan CGC en su tráfico empresarial. Además de la cuestión de las CGC, la oferta masiva de bienes o servicios al mercado implicaba otros problemas distintos (producción automatizada con sus inevitables defectos en algunos productos, uso de técnicas agresivas de comercialización para dar salida a esta producción, etc.) para quienes los adquirirían sin integrarlos en un proceso productivo, los consumidores. Se gestó así lentamente un tratamiento diferenciado para los problemas derivados de este suministro a un público de consumidores cada vez más amplio y la necesidad de una protección específica por la vía del derecho de consumo.

⁴⁴⁴ DÍAZ ALABART, S., “Introducción: la contratación con consumidores” en *Manual de derecho de consumo*, dirigido por S. Díaz Alabart y M.T. Carrancho Herrero, Ed. Reus, 2016, p.7

1.2. Las CGC y el derecho de consumo: necesidad de protección del contratante débil

Hemos visto como a lo largo de los s. XIX y XX se desarrolla plenamente la sociedad de producción y consumo masivo (y la crucial financiación a crédito de este), la “sociedad de consumo”.

Ésta alcanza ya no solo a los comerciantes, sino al público en general y pone de manifiesto cuestiones que van más allá de las puramente contractuales. Se plantea la necesidad de defender los derechos de los consumidores ante un conjunto de situaciones y problemas de mayor amplitud, donde, sin embargo, la cuestión de las CGC desempeña aun un papel muy relevante.

DE LEON ARCE ⁴⁴⁵ nos ofrece más detalles sobre los antecedentes de los movimientos que acabarían dando lugar al derecho de consumo, que son relevantes para entender la convergencia de éste con el tratamiento de las CGC en el ámbito contractual, desde finales del s. XIX y principios del s. XX. Es sin embargo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el movimiento de defensa del consumidor empieza a alcanzar sus primeros resultados prácticos. En 1947 se creó el Consejo Danés de Consumidores, la primera organización privada con estos fines en Europa, a la que siguen organizaciones similares en otros países en los años siguientes. En 1961, fruto del Informe Molony, se aprueba la “Ley de Protección del Consumidor” (*Consumer Protection Act*) británica, la primera norma de protección específica del consumidor de carácter genérico. Por otro lado, las palabras del presidente norteamericano J.F. Kennedy enumerando los derechos de los consumidores en 1962 producen un fuerte impacto social y en particular cuando nos recordaba que “Consumidores, por definición, somos todos.”⁴⁴⁶

Para esta época, la masificación en la producción de todo tipo de bienes y servicios había sobrepasado ya ampliamente los sectores profesionales, y había alcanzado al gran público con la venta a plazos y el crédito al consumo, al que muchas veces se vendían los productos directamente o sin apenas intermediarios. Al mismo tiempo, la extensión de la

⁴⁴⁵ DE LEON ARCE, A. MORENO-LUQUE, C., AZA CONEJO, M.J., "Derecho de consumo", Ed. Forum, 1995, p. 27 y ss.

⁴⁴⁶ Discurso de 15 de marzo de 1962 de John Fitzgerald Kennedy ante el Congreso de los Estados Unidos, donde destacó la universalidad del concepto de consumidor.

alfabetización y los progresos en los medios técnicos de producción documental hicieron que el proceso de contratación pase a documentarse masivamente por escrito, también para los usuarios finales de los productos.

En principio el problema es el mismo al que se enfrentaban ya antes los no consumidores. La cuestión es más compleja sin embargo para los consumidores porque los cambios de mercado respecto a las CGC, aun siendo fundamentales, son uno más de los cambios que darán lugar al derecho de consumo. Como señala DÍAZ ALABART “aunque la contratación con condiciones generales que se acaba de mencionar ha sido uno de los cambios más trascendentes en el mercado moderno, no ha sido el único”⁴⁴⁷. Se señalan otra serie de fenómenos que van a incidir en el mercado y provocar cambios en su regulación: las técnicas de ventas a domicilio o en el lugar de trabajo (genéricamente ventas fuera del establecimiento, ventas a distancia); los defectos de fabricación o riesgos para la salud o la integridad física, que necesariamente conlleva la producción en masa; la utilización de la publicidad y del crédito para incentivar la adquisición de productos y servicios, etc.

En las CGC se va debilitando cada vez más la realidad de la voluntad contractual y se va incidiendo en otros ámbitos. La utilización de las técnicas de venta hace probable que la decisión de contratar, no ya de las cláusulas del contrato, no haya sido realmente tomada con libertad y el adquirente se encuentra con que no necesita, o realmente no quiere, los bienes o productos adquiridos. Si se trata de venta de bienes a distancia, el adquirente no puede examinar lo que compra o solo hacerlo mediante fotos, y el problema recae en el objeto del contrato pues se puede producir una discordancia entre las expectativas (razonables) del adquirente y la realidad. Además, los bienes, al ser producidos en masa, pueden presentar problemas de utilización real. Estadísticamente, y pese a los controles de calidad, muchas veces los productos van a presentar defectos que no solo pueden impedir un correcto uso del objeto comprado, sino que pueden incluso suponer riesgos o daños para la salud o la integridad física del usuario. Como elemento final, y esencial, es difícil resolver estos problemas mediante los procedimientos ordinarios, que por diferentes razones “resultan inoperantes”, pues son demasiado largos y complejos para resolver un problema normalmente no complejo y de escasa cuantía⁴⁴⁸, o tienen plazos muy breves para ejercitar

⁴⁴⁷ DÍAZ ALABART, S., “Introducción...”, o.c. , p. 9

⁴⁴⁸ Para todos estos efectos, véase DÍAZ ALABART, S., “Introducción...”, o.c. , p. 13 y ss.

la acción⁴⁴⁹, o la prueba del daño causado con el producto defectuoso puede resultar muy difícil para el perjudicado, etc.

A partir de ese momento el movimiento se multiplica en los diversos países, produciéndose aportaciones relevantes especialmente en Alemania con la ya mencionada AGBG de 1976, que concreta la jurisprudencia existente sobre la materia, pero también otras medidas. Es precisamente a partir de los años 70 cuando la entonces denominada Comunidad Europea toma la iniciativa en esta materia de forma muy relevante. Mientras que en su tratado constitutivo de 1957 apenas había menciones a los consumidores, o lo había hecho solo de forma indirecta, el protagonismo que primero la Comunidad Europea y luego la Unión Europea van a adquirir en el área de la protección de los consumidores es fundamental. En la Cumbre de París de 1972 se pide un programa concreto destinado a fortalecer la protección del consumidor, que se concreta en el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores de 14 de abril de 1975, que sienta los pilares fundamentales del posterior trabajo comunitario en la materia.

En España aunque hay medidas que podríamos catalogar de protectoras durante todo el s. XX el movimiento de protección no ha sido tan destacado como en otros países. Es a partir de nuestra constitución de 1978, en concreto su art. 51, cuando se empieza a desarrollar el derecho de consumo. En 1984, y en desarrollo de este mandato constitucional, se promulga la Ley 20/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (“LGDCU”), nuestra primera ley para la protección y defensa de los consumidores y usuarios, base del actual texto vigente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (la “TRLGDCU”).

Este conjunto heterogéneo de normas de distintos ámbitos (civil, administrativo, etc.) tiene dos objetivos básicos. Por un lado, como ya habíamos visto señalar a A. BERTOVITZ RODRIGUEZ-CANO la protección del consumidor frente a los problemas derivados de la contratación con comerciantes⁴⁵⁰, y por otro "el buen funcionamiento del propio mercado" a

⁴⁴⁹ Como sucede con los seis meses de la acción redhibitoria o la *quantum minoris*.

⁴⁵⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, A. “Comentario..., o.c., p. 39.

nivel nacional y, a nivel europeo, "el funcionamiento del mercado interior"⁴⁵¹. Se trata pues de un derecho protector, que parte del principio básico de que el consumidor está en una posición de debilidad frente a los empresarios, a los que se mira con recelo (muchas veces justificadamente) y por lo tanto el consumidor debe ser objeto de una especial protección⁴⁵².

Estas normas, el derecho de consumo en sí, y en particular la necesidad de protección, no están exentas de críticas doctrinales, algunas de ellas las trataré luego. Así, algún autor critica que las relaciones de consumo no justifican suficientemente la desviación general de la regulación ordinaria de los contratos, ni existen razones suficientes para ello, y se señala que “con carácter general es inadmisibles la afirmación de que la condición de “parte débil” concurre en las personas cuando realizan un acto de consumo”⁴⁵³, por lo que se propugna un replanteamiento del modelo.

1.3. Una confluencia e influencia naturales y sus riesgos

En las CGC confluye pues el interés tanto del derecho general de contratos como del derecho de consumo. Su tratamiento en cada uno de estos ámbitos, necesariamente se influye recíprocamente.

Como hemos visto, el tratamiento de las CGC tiene un lugar central en las normas de protección del consumidor, especialmente por su carácter transversal que toca todo tipo de contratos por lo tanto es una de las áreas preferentes de actuación del derecho de consumo. Al proteger a los consumidores frente a las CGC mediante fórmulas y normas especiales, como la ABGB (y de forma “frustrada” en nuestra LCGC), se hace partiendo del principio de especial de protección del consumidor y la asunción de su carácter de parte débil. Pero una vez que se ha establecido un tratamiento para defender a los consumidores, resulta difícil

⁴⁵¹ DÍAZ ALABART, S., "Manual...", o.c., p.16.

⁴⁵² Como luego veremos en más detalle, no se trata la de consumidor de una posición homogénea en cuanto a su protección. Dentro de los consumidores hay un sector más necesitado de protección, el del consumidor vulnerable. Sobre esta categoría, véase HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D., *"El consumidor vulnerable"*, Ed. Reus, 2015, y en *Manual de derecho de consumo*, dirigido por S. Díaz Alabart y M.T. Carrancho Herrero, Ed. Reus, 2016, p.36.

⁴⁵³ RECALDE CASTELLS, A. "El Derecho de consumo como Derecho privado especial" en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección jurídica de los Consumidores*, dirigido por J. TOMILLO URBINA, Thomson Civitas, 2008, p. 547. Nótese, por cierto, que nosotros no hemos ido tan lejos, al menos no aun, en relación con los profesionales y no la negamos, o no aun, sino que lo que queremos es revisar como se aplica el concepto a los profesionales.

sustraerse del mismo para tratar otros supuestos en los que los adherentes no son consumidores.

Obviamente no son solo las CGC, sino todo el derecho de contratos lo que se ha visto influido de manera muy poderosa por el derecho de consumo. Los ámbitos de esta influencia son múltiples. Como señala GARCÍA CANTERO⁴⁵⁴: (1) incorporación al derecho privado de cierto número de conceptos de naturaleza económica, (2) incorporación al derecho privado de elementos normativos que permiten someter a revisión el principio de autonomía de la voluntad en la contratación y (3) revisión de diversos puntos de la doctrina general del contrato, en cuanto a su proceso de formación, en particular, pero también la forma, el contenido, la interpretación, etc.

Actualmente es difícil entender el estudio de las CGC sin que la atención acabe centrándose muchas veces en problemas específicos de la contratación con consumidores como si aquellos fueran generales para todas las CGC. Estos casos de contratación con consumidores, muchas veces especialmente llamativos —por el claro desequilibrio de posiciones contractuales, poca capacidad de defensa, y sobre todo, gran cercanía y capacidad de empatía social para con los consumidores, como pueden ser los de la contratación bancaria— van a marcar de forma muy relevante el tratamiento de la cuestión de las CGC en general.

No es que esta influencia sea necesariamente negativa, pues ambas coinciden en asegurar una debida autonomía de la voluntad (aunque el derecho de consumo va bastante más allá). Pero debemos ser conscientes de que al tratar hoy en día de CGC, estamos usando conceptos (en particular el de abusividad), categorías jurídicas y herramientas que en gran parte tienen su origen en el derecho de consumo, con sus peculiaridades y sobre todo con sus objetivos propios. No debemos olvidar que se trata no solo de que las relaciones sean lo más justas posibles, sino que lo sean también mediante normas que sean a su vez lo más eficientes posibles en la búsqueda de esa justicia.

Esta consciencia implica además la necesidad de ver, en el supuesto de las relaciones entre profesionales, cuáles puedan ser las analogías, y sobre todo las diferencias, entre la posición del consumidor y del profesional, como categorías abstractas, pero también

⁴⁵⁴ GARCÍA CANTERO, G., “Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de Obligaciones”, en *Revista jurídica de Navarra*, nº 13, 1992, pp. 47 y ss.

concretas. Una diferencia de situación que puede llevarnos precisamente a un tratamiento distinto.

La influencia del derecho de consumo sobre el derecho de las CGC es grande. Como señala ALBIEZ DOHRMANN, la Directiva 93/13 al proyectarse sobre los contratos con consumidores “inevitadamente, tiende a contaminar- incluso para bien- todo el derecho contractual entre particulares, incluso cuando se trata de relaciones contractuales entre empresarios, aunque solo sea indirectamente”⁴⁵⁵.

1.4. La noción de consumidor: relevancia y algunos problemas de delimitación

Hemos contrapuesto desde el principio del trabajo a los adherentes profesionales con los consumidores respecto al tratamiento que se da a estos últimos, asumiendo que son dos categorías claramente diferenciadas. Sin embargo, las distinciones no están tan claras y puede ser útil que recordemos brevemente la noción de consumidor y algunos problemas que en ese concepto introduce la particular redacción de los textos españoles, en particular el TRLGDCU.

Como se sabe existen, incluso en los textos legales múltiples definiciones de lo que debe entenderse por consumidor.

La Exposición de Motivos (III párrafo 2) del TRLGDCU señala que el concepto de consumidor que en él se usa “se adapta a la terminología comunitaria”, pero acto seguido añade que “ respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las personas jurídicas”, que como veremos es una de las fuentes de problemas para la delimitación de la figura del consumidor respecto al profesional.

Por su parte, el derecho comunitario no ofrece un único concepto de consumidor. En general las distintas directivas suelen definir lo que se entiende, respecto a ellas por consumidor, si bien hay algunas coincidencias, el de consumidor es un concepto multívoco, cuyo significado depende del ámbito o contexto concreto de que se trate. Así, y con ligeras variaciones, se define el consumidor como “toda persona física que actúe con un propósito

⁴⁵⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección...*, o.c., p. 62. Obviamente en el Derecho las distintas áreas tienden a influirse, y también las normas de contratación entre profesionales influyen en ocasiones en la contratación entre consumidores. Es posible que entre las distintas áreas se aporten experiencias valiosas, que ayuden a tratar problemas comunes. Se trata aquí en insistir en entender el origen para, cuando haya que aplicar soluciones análogas entre profesionales, ser conscientes del origen y de la lógica de la solución inicial que tomamos de modelo.

(o “uso”, “fines”) ajeno a su actividad profesional”⁴⁵⁶. En ocasiones, sin embargo algunas directivas usan definiciones diferentes, o prescinden del término consumidor como sujeto necesario de la protección usando otros que, aunque engloban a los consumidores tienen en cuenta las áreas de protección correspondiente. Así la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, adopta un concepto propio de “consumidor” (art. 2.4) y la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, gira en torno al concepto de perjudicado, mucho más amplio que el de consumidor. Ambas pueden abarcar también a los empresarios o al menos darles cobertura parcial, y así se ha recogido en el art. 128 y art. 151.g TRLGDCU respectivamente).

Como señala CAMARA LAPUENTE⁴⁵⁷, y luego tendremos ocasión de ver con algo más de detalle, el concepto ha sido interpretado por una amplia jurisprudencia comunitaria, en general de forma restrictiva y haciendo coincidir el parámetro legal negativo (actuar al margen de actividades empresariales, no satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo) con una explicación en clave positiva (actos realizados para satisfacer necesidades del comerciante»

El legislador español optó inicialmente en la LGDCU por una definición legal del consumidor como destinatario final de bienes y servicios, que consecuentemente no los adquiere o utiliza para su ulterior comercialización, tampoco previa su transformación o integración en otros bienes o servicios⁴⁵⁸. Esta redacción daría lugar, entre otras, a la

⁴⁵⁶ Así en la Directiva 93/13, pero también en la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, y la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo

⁴⁵⁷ CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto legal de “consumidor” en el Derecho privado europeo y en el Derecho español, aspectos controvertidos o no resueltos”, en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, N.º. 1, 2011, pp. 86-87.

⁴⁵⁸ “2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en

posibilidad de incluir algunos supuestos de “consumo empresarial”, en los que la integración en el proceso productivo era solo indirecta.

En el TRLGDCU se optó por eliminar esta mención, y definirlo, en su actual redacción y respecto a las personas físicas (luego volveremos sobre el tema de las personas jurídicas), como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.” (Art. 3 párrafo primero)⁴⁵⁹. Esta modificación fue en general recibida de forma positiva, ya que como señala R. BERCOVOTIZ RODRIGUEZ-CANO supone la “ventaja de lo sencillo y claro” . Basta con hablar de actividad no profesional, mientras que “para hablar de destinatario final hay que añadir que no es tal quien posteriormente viene a introducir el bien o servicio adquirido o disfrutado en el mercado”⁴⁶⁰.

Una de las particularidades del régimen español de protección de los consumidores es la inclusión de las personas jurídicas como posibles consumidores, concepto este evitado por el derecho comunitario, que define siempre al consumidor como persona física. Cuando por las circunstancias se puede abarcar en la protección a otros sujetos, se opta por utilizar otro término, como el de “perjudicado” en la Directiva 85/374 de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. La posibilidad de considerar consumidores a las personas jurídicas es problemática y para R. BERCOVOTIZ RODRIGUEZ-CANO “cabe dudar sobre el acierto de semejante extensión del concepto de consumidor, no exenta, por otra parte, de la dificultad de determinar qué personas jurídicas concretas pueden

procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (art. 1.2 y 1.3 LGDCU).

⁴⁵⁹ La redacción del TRLGDCU previo a la modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, era “A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

⁴⁶⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 3” en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2011, p. 90.

beneficiarse de tal calificación”⁴⁶¹, en particular al ligarlo desde 2014 a la ausencia de ánimo de lucro, se convierte en un concepto que implica otros problemas⁴⁶².

Estos supuestos y otros relativos a las personas físicas los examinaremos posteriormente, ya que constituyen un área limítrofe de gran utilidad. Delimitar desde el punto de vista del derecho de consumo los sujetos protegidos es imprescindible en cuanto a definir el ámbito de protección con seguridad, y por lo tanto considerar si alguno de los sujetos de los que se dice que necesitan protección ya la tienen por otras vías. Sobre todo nos permite entender las razones que expliquen las diferencias entre adherentes profesionales y consumidores, y por ende entender si ese tratamiento desigual está o no justificado. Antes sin embargo de entrar en esa cuestión vamos a dedicar algún espacio a entender mejor las diferencias entre ambos grupos de sujetos.

1.5. La noción del profesional

Junto a la noción de consumidor, y como su envés, hay que abordar el concepto de profesional. El término profesional que usa la LCGC (art. 2.2) para referirse tanto al predisponente como al adherente que no es consumidor, es el típicamente empleado en el ordenamiento jurídico francés para referirse a la contraparte de los contratos celebrados por consumidores⁴⁶³, y cuyo uso en la Directiva 93/13, de donde lo toma la LCGC⁴⁶⁴, había sido objeto de críticas. En el ámbito de nuestra normativa de protección de consumidores, la contraparte del consumidor era más común el concepto de “empresario” (art. 4 TRLGDCU).

El concepto mismo de empresario no está definido de manera uniforme ni siquiera por la legislación mercantil (y además están los empresarios civiles). El art. 1 del C. de Com. los define, usando el término de comerciante propio de la época en que se promulgó dicho Código (“Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él

⁴⁶¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario...”, o.c., p. 92.

⁴⁶² Por ejemplo, las cooperativas de consumidores (Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario...”, o.c., p. 94.).

⁴⁶³ PAGADOR LÓPEZ, al referirse al uso del término “profesional” en la Directiva 13/93, señala: “Debe destacarse al respecto, por una parte, la escasa adecuación de la terminología elegida por el legislador comunitario al optar por la expresión (y por la noción) de profesional, de neta impronta francesa, como uno de los criterios delimitadores del ámbito de aplicación de la directiva” (PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales...”, o.c., p. 70).

⁴⁶⁴ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* dirigida por A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León, . Madrid, 2002, p. 70.

habitualmente.”), y en su apartado 2 considera automáticamente “comerciante” a las sociedades mercantiles.

Cuestiones terminológicas aparte, ambas normas coinciden en lo básico, pues incluyen a toda persona “que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial” (art. 2.2 LCGC) o “que actúe [...], con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión” (art. 4 TRLGDCU), si bien con algunos matices que pueden ser relevantes.

En cualquier caso, a los efectos de la LCGC, parece que la definición de profesional es más bien un requisito del predisponente, del que necesariamente se predica que tiene que ser profesional, mientras que el carácter subjetivo del adherente aparece como irrelevante (“cualquier persona física o jurídica”, art. 2.1. LCGC). Sin embargo, el art. 2.3. LCGC, con la voluntad de aclararlo, añade que “el adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad”. Es decir que es una persona que puede actuar “en el marco de su actividad” o no, por lo que la aclaración parece que arroja más dudas que certezas.

La mayoría de los análisis de los autores se centran en la posición del profesional como predisponente. Como señala MARIN LOPEZ, “profesional” a estos efectos es cualquier persona física o jurídica que participa en el mercado ofreciendo la venta de bienes o prestaciones de servicios, siendo este último concepto, la “participación en el mercado”, la nota definidora⁴⁶⁵. En este mismo sentido BADENAS CARPIO lo entiende como aquella persona “que intervenga con regularidad, o si se prefiere, utilizando la expresión en sentido negativo, que es como parece quedar la idea más clara, con carácter no ocasional o esporádico en el tráfico jurídico”⁴⁶⁶. Tendría un ámbito similar a la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, que en su artículo 3.1 somete a su ámbito de aplicación “a los empresarios y a cualquiera otras personas físicas o jurídicas que intervengan en el mercado” e incluiría a los profesionales liberales, los agricultores, los ganaderos o los artesanos.

⁴⁶⁵ Cfr. MARÍN LÓPEZ, J. J., “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 152.

⁴⁶⁶ BADENAS CARPIO, J.M., “Comentarios al art. 2”, o.c., p. 86.

La posición del profesional como adherente podría más bien entenderse como cualquier adherente que no sea consumidor, lo que puede dar lugar a algunos supuestos límite con la figura del consumidor. Aunque luego veremos con más detalle estas cuestiones, hay un caso que presenta matices interesantes, e incide en las dudas sobre la idoneidad de la normativa de CGC para tratar determinados problemas que su uso origina. Nos referimos a los inversores, aquellas personas que desarrollan actividades no empresariales, sino puramente patrimoniales o de inversión, tales como la adquisición de valores mobiliarios o inmuebles (para su reventa o para su alquiler), todo ello fuera de su ámbito profesional, que es diferente. Se trata pues en estos casos de una actividad que tiene un “ánimo de lucro”, no de satisfacer una mera necesidad, y por lo tanto se puede considerar que su actuación en el mercado es voluntaria.

Aunque esta es una cuestión no del todo clara, CAMARA LAPUENTE considera que debe reconocerse como consumidores a las personas físicas que desarrollan estas actividades⁴⁶⁷. Sin embargo esta actividad puede desarrollarse tanto personalmente como, de forma frecuente, a través de sociedades de capital, cuyo único propósito es la tenencia de esos bienes de la misma forma en que lo haría un particular. Se trata de sociedades de mera tenencia de activos que no desarrollan lo que se entiende generalmente una actividad empresarial “de producción de bienes y servicios al mercado” (en particular si nos referimos a tenencia de valores mobiliarios). Como vimos, las sociedades mercantiles son, por definición “comerciantes” (art. 2.2 del C. de Com), esto es empresarios o profesionales a nuestros efectos. Respecto a la posibilidad de considerar como consumidores a las sociedades mercantiles, la respuesta es generalmente negativa (por ejemplo, entre otros, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON⁴⁶⁸). Además de por los motivos puramente formales (art. 2.2 del C. de Com), parece lógico que por la seguridad en el tráfico se las considere profesionales, de forma análoga al consumo empresarial que luego veremos en más detalle. Lo contrario requeriría que la contraparte tuviera que realizar averiguaciones sobre la actividad de la empresa y eso afectaría a la seguridad jurídica

⁴⁶⁷ CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., p. 94.

⁴⁶⁸ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L. “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* dirigida por A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León, . Madrid, 2002, p. 143.

Sin embargo, equiparar sin más a estos profesionales atípicos a la generalidad de los profesionales que sí desarrollan una actividad empresarial no deja de crear problemas de encaje. Algunas de las notas que a continuación veremos en relación con los profesionales (por ejemplo, el tratamiento fiscal) pueden no concurrir o hacerlo de manera diferente para estas sociedades. Así nuestro derecho fiscal da un tratamiento diferente a ciertas entidades patrimoniales (antes llamadas sociedades transparentes) que se definen por no realizar una actividad económica tal (art. 5.2. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades) y como se considera en la normativa fiscal. Se puede tratar igualmente de entidades que, fuera de la forma societaria, no tengan más actividad que la pura tenencia de inversiones y que por lo tanto carezcan de organización, experiencia, etc., o al menos esta sea similar a la de los pequeños empresarios. En contra, podría señalarse que la utilización de la figura conlleva ventajas (limitación de responsabilidad, pues generalmente hablamos de sociedades de capital) y que por lo tanto tiene que aceptarse la posición en su conjunto.

Tal vez lo que ocurra en este caso, como en otros, es que el ámbito de protección deba definirse de otra manera, y no tanto por el uso de un instrumento como son las CGC, sino por las características de la contratación en concreto, puesto que los riesgos de los contratos que se firman con CGC no está solo en el cómo se prepara el contrato, sino en otras cuestiones, como la comercialización a estas personas de determinados productos. Un ejemplo es la concepción de inversores particulares o profesionales, según la Directiva 2004/39/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, comúnmente conocida como MiFID. Su Anexo II requiere para ser considerado profesional un nivel de activos o volumen de negocio realmente elevado. Los demás inversores, incluidos pues muchas personas jurídicas constituidas para canalizar inversiones algo más modestas, gozarán de la protección de ser inversor particular.

2. Diferencias de la posición entre consumidores y profesionales e idiosincrasia de la contratación entre profesionales

Uno de los principios básicos de la justicia, es el de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Vamos a considerar a continuación, comparativamente algunas diferencias que se aprecian en la situación del adherente profesional y del adherente consumidor. Se trata de comprobar si efectivamente sus situaciones son suficientemente desiguales como para justificar un tratamiento diferente, o si las desigualdades, pese a existir,

no son tan relevantes, y si en algunos casos se justifica la similitud, total o parcial, del tratamiento.

Como señala R.BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO:

“La consideración de los empresarios y de los consumidores debe realizarse, como es lógico, dentro de su actividad propia. Se ha de tratar del empresario que actúa suministrando bienes o servicios en el mercado y del consumidor que actúa recibiendo del empresario directa o indirectamente, adquiriéndolos en el mercado y/o disfrutándolos una vez adquiridos, bienes y/o servicios.”⁴⁶⁹

2.1. Estándar de protección legal (mandato expreso de protección para los consumidores.

Como sabemos, nuestra Constitución establece un mandato expreso de protección de los consumidores dentro del Capítulo tercero (“De los principios rectores de la política social y económica”) en su art. 51:

A nivel internacional está reconocido por una serie de documentos, como las “Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor” que requiere que “Los consumidores deben gozar de protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos esenciales en los contratos y la imposición de condiciones excesivamente estrictas para la concesión de créditos por parte de los vendedores.”⁴⁷⁰

La Unión Europea ha sido uno de los grandes actores internacionales en la promoción de los derechos de los consumidores. Aunque el inicial Tratado de Roma no tenía prevista expresamente la protección de los consumidores como uno de sus fines, y solamente lo trataba de forma indirecta al señalar en el art. 39.1.e) que entre los objetivos de la política agrícola común estaría “asegurar al consumidor suministros a precios razonable”.

⁴⁶⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario...”, o.c., p. 84.

⁴⁷⁰ Directriz 26 de las “Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor” adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/248 de 16 de abril 1985, desarrolladas por el Consejo Económico y Social en su resolución E/1999/INF/2/Add.2 de 26 de julio 1999, y revisadas recientemente por la Asamblea General en su resolución 70/186 de 22 de diciembre de 2015.

Sin embargo, como hemos visto este ámbito de protección se fue ampliando progresivamente hasta transformar la protección de los consumidores en un principio esencial de la Unión Europea, que reconoce, en la “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, el artículo 38 “Protección de los consumidores: Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”. Estos principios se han concretado a lo largo de los últimos 30 años en una serie de iniciativas distintas de protección al consumidor, entre las que destacamos como más relevantes para nuestra área la mencionada Directiva 93/13, la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, la Directiva 2008/48/UE de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, etc.⁴⁷¹. Se configura un corpus de derecho de consumo comunitario, que, mediante su trasposición, forma realmente el núcleo de nuestro derecho de consumo, y que se asienta precisamente sobre ese objetivo básico de protección al consumidor.

Dentro de todo este marco el principio de protección al consumidor “ha adquirido la condición de auténtico principio general del Derecho”⁴⁷², pero de naturaleza programática, que necesita de su desarrollo legal, de acuerdo con el mismo art. 53.3. CE, que se hace precisamente a los efectos de las CGC, tanto por parte de la LCGC como, sobre todo de la LGDCU, donde se refleja ese principio *pro consumatore*, que invierte alguno de los principios sobre los que se basa nuestro derecho de contratos “Si la concepción tradicional de la autonomía de la voluntad en los Códigos del siglo XIX daba por supuesto que los contratantes pactaban en condiciones de igualdad, la LGDCU parte de una hipótesis opuesta, a saber «las situaciones de inferioridad, subordinación o

⁴⁷¹ En ocasiones sin embargo, se utilizan expresamente las mismas definiciones. Así La Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial se remite expresamente para la definición de consumidor de esta Directiva 2008/48/UE.

⁴⁷² Matiza sin embargo este autor que “no es una condición generalmente aceptada por los especialistas del Derecho mercantil. Estos, salvo raras excepciones prefieren poner el acento en el principio de libertad de empresa, en el marco de la economía de mercado, recogido en el art. 38 CE” (YZQUIERDO TOLSADA, M., NAVARRO MENDIZABAL, I.A. ACOSTA MERIDA, M.P, “Derecho ...”, o.c. , p. 10).

indefensión en que pueden encontrarse, individual o colectivamente el consumidor o usuario», (art. 6.c) que el propio legislador se decide él ejemplificar”⁴⁷³

Para los profesionales en cambio la situación es bien distinta, no existe en nuestro derecho constitucional un mandato de protección de los profesionales, o al menos no respecto a los otros contratantes. El art. 38 CE, el que probablemente sería más cercano, prevé la libertad de empresa, y por lo tanto se puede suponer que está de alguna manera estableciendo un cierto ámbito de protección de los profesionales, en cuanto empresarios, pero aquí no se trata de proteger a un grupo concreto, sino la actividad económica misma de tipo empresarial, y si alguien es el “obligado” por este mandato es el Estado mismo y no los demás participantes en el mercado⁴⁷⁴. Si existen otros principios constitucionales que se podrían citar como fundamento de una normativa sobre CGC, como los principios de justicia (art. 9 CE), pero su nivel de abstracción, y aplicación general, hacen que claramente nos hallemos ante supuestos no equiparables con el art. 51 CE. A nivel internacional, tampoco encontramos en general declaraciones o principios similares a los que hemos encontrado para los consumidores, pues aunque existen normas o tratados que precisamente buscan consolidar ese derecho a desarrollar una actividad empresarial, de nuevo lo que generalmente tratan es de proteger la actividad de trabas de carácter administrativo o discriminaciones por razón de nacionalidad, etc.

Sin embargo, bien podría objetarse que el mandato de tratamiento específico de los problemas de la actividad empresarial, aunque no de protección personal del empresario, se halla en la raíz de todo el derecho mercantil, y en algunas de sus áreas en particular. Pero en ellas el objetivo no es proteger al sujeto, al empresario, o al menos no directamente, sino al mercado, al tráfico mercantil, y si de forma indirecta, a los sujetos de este, los empresarios y sobre todo en la visión más moderna tanto del derecho de la competencia desleal como del derecho de la competencia. Sin embargo, no entramos en detalle en todos ellos pues eso nos llevaría a otro debate.

⁴⁷³ GARCÍA CANTERO, G., “Integración...”, o.c., p. 47.

⁴⁷⁴ Respecto al art. 38 CE, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado, que la libertad de empresa, en su dimensión subjetiva, implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/1984, de 24 de junio). Ha de ser entendida, por tanto, como “libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado” (STC 96/2013, de 23 de abril, con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 96/2002, de 25 de abril).

La diferencia del tratamiento sería que mientras el mandato de protección a los consumidores es explícito y abierto (hay que concretar cómo se los protege, pero tiene que ser un nivel de protección alto, como señala el derecho europeo), en los profesionales ese mandato está implícito, en el derecho mercantil y en particular en alguna de sus áreas y además ya está concretado, esto es cerrado, en ciertas herramientas.

Pero si no hay un mandato expreso de protección a los profesionales (a los empresarios en general), sí que observamos que en algunos ámbitos empiezan a producirse movimientos tendentes a la protección de determinados grupos de profesionales: así los relativos a los empresarios individuales y, sobre todo, a las pequeñas y medianas empresas. Como veremos luego, el mundo de los profesionales presenta una gran variedad y algunos de estos grupos se presentan como destinatarios de una especial atención y cuidado, sin llegar aún a establecer reglas parecidas a las de los consumidores, pero que cuando se considera la historia del movimiento que da lugar al derecho de consumo, vemos que presenta múltiples similitudes.

Así podríamos citar el establecimiento por la Comisión Europea de una Agencia Ejecutiva para las Pequeñas y Medianas Empresas⁴⁷⁵ y a nivel español ciertas normas de los últimos años⁴⁷⁶. Se trata no de normas de protección, sino de promoción generalmente, centradas sobre todo en “crear un entorno empresarial favorable”, en diversos ámbitos, en particular de la financiación, creación de cultura empresarial, etc. donde “requieren una atención especial los intereses de las PYME y los sectores en los que estas están más presentes”⁴⁷⁷.

Aunque como vemos, se trata de un lenguaje y un objetivo muy distintos de los del ámbito de los consumidores, sí que podemos observar que se dan los primeros pasos para,

⁴⁷⁵ Decisión de ejecución de la Comisión Europea de 17 de diciembre de 2013 por la que se establece la Agencia Ejecutiva para las Pequeñas y Medianas Empresas y se derogan las Decisiones 2004/20/CE y 2007/372/CE.

⁴⁷⁶ Por ejemplo, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, y por último Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

⁴⁷⁷ Reglamento (UE) 1287/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) (2014–2020), Expositivo 20.

dentro de la variedad de tipología de los profesionales, prestar una atención específica, aunque aún no de protección, a un grupo o grupos determinados. Si bien la terminología no es unívoca, pues se habla de pequeña y mediana empresa, de emprendedores, de trabajadores autónomos o empresarios individuales, etc., sí que se está seleccionando un grupo de profesionales, generalmente los que podemos denominar “de menor tamaño”, a los que se van dando ayudas específicas, por ejemplo, limitación de responsabilidad para los empresarios individuales, ayudas específicas a la financiación, etc. Se empieza pues a configurar un marco en el que pueden encajar algunas medidas de protección específica en el ámbito contractual, y en concreto en el de las CGC, a este tipo de empresarios.

Eso no quiere decir que el empresario o profesional no tenga en ocasiones un ámbito de protección. Así, cuando el legislador ha querido otorgar algún beneficio especial a un grupo de empresarios determinado, lo ha hecho expresamente. Ya lo vimos en relación con la LMOC, para las operaciones comerciales. Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, o incluyendo en determinadas normas, como las comisiones o compensaciones por cancelación subrogatoria o no subrogatoria de préstamos o créditos hipotecarios, en que se equipara a los prestatarios personas físicas consumidoras con “los prestatarios personas jurídicas que tributen por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades.” (art. 8 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre). Se trata pues de una decisión a tomar caso por caso por el legislador, en general no en ámbitos transversales como son las CGC, sino limitados a un sector, operación o tipo de práctica concreta que le permite calibrar los efectos reales de tal ampliación con ciertas cautelas.

La siguiente cuestión que hay que plantearse es si ese mandato de protección específica impone también que el tratamiento tenga que ser mejor, esto es, si cabe que se otorgue a otros sujetos, a los profesionales, el mismo nivel de protección que los consumidores, o si al hacerlo así se está desvirtuando la protección de estos. En principio el mandato de protección no impone que sea un tratamiento especial y diferenciado, y por lo tanto cabría otorgar el mismo nivel de protección a ambos colectivos. Otros países de la Unión Europea con un mandato de protección del consumidor similar así lo han entendido, si bien en muchos casos se ha optado por formulas distintas, generalmente más flexibles y abiertas, para la protección de los profesionales (por ejemplo sin aplicar listas cerradas de cláusulas), precisamente para dar un tratamiento distinto, menos

rígido, al tráfico entre profesionales. Si le damos la misma, o muy parecida protección a los profesionales que a los consumidores, desde el punto de vista contractual, sin embargo estamos obviando las situaciones extracontractuales, que luego veremos: un profesional tiene, al menos en teoría y como luego veremos, una organización propia en la que integra la actividad que le proporciona unos medios de autoprotección de los que el consumidor carece. Si esta organización le otorga un cierto nivel de protección de la que carece el consumidor podremos encontrar que al dar un mismo nivel de protección contractual, la posición global del profesional es, finalmente, mejor que la de los consumidores. Por eso el mandato de tratamiento especial hacia los consumidores tiende a proporcionar un nivel de protección mayor, más alto, para compensar esa desventaja de la que parte el consumidor. Un tratamiento contractual idéntico o muy similar a los no consumidores podría significar que éstos tuvieran una situación “menos favorable” en su conjunto que otros grupos.

2.2. Disparidad de fines y medios. Integración de riesgos y costes en la actividad profesional

Los fines que persiguen los consumidores y los profesionales con la contratación son distintos, y los medios de los que disponen están además en consonancia con esos fines. En principio la distinción legal viene determinada, a los efectos del TRLGDCU, por la realización o no de una actividad profesional. Aunque la definición sea técnicamente más precisa de lo que era en la LGDCU que lo ligaba a ser “destinatario final” de los bienes o servicios, lo que parece claro es que el consumidor busca “satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo”⁴⁷⁸. Mientras que la finalidad del empresario es “integrarlo en su proceso profesional”, de forma directa o indirecta.

Por otro lado, tanto en los contratos con consumidores como con profesionales, el uso de CGC tiene siempre un valor económico (al menos para el predisponente lo tiene, y por lo tanto, aunque el adherente no lo sepa, éste se integra en el precio del producto o servicio). La diferencia es que generalmente el consumidor no está en disposición de valorar cuál es éste. El profesional sabe, o puede saber, cuál es el coste de este, y puede tener los conocimientos necesarios para compensar dicho coste e integrarlo en su proceso comercial.

⁴⁷⁸ LARROSA AMANTE, M.A., *Derecho de Consumo. Protección legal del Consumidor*, Madrid, 2011, p.39.

Así, si conoce cuáles son los riesgos que se le están trasladando, será capaz prevenir una solución, bien asegurándolos o de otra forma. El profesional tiene más conocimientos para saber que en determinadas circunstancias debe buscar asesoramiento legal, y nuestro derecho establece para el “comerciante diligente” un estándar de diligencia mayor que el del “buen padre de familia” (vid., por ejemplo el art. 1484 del CC).

El profesional dispone frente al consumidor de importantes ventajas en una situación idéntica. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN⁴⁷⁹ cita un supuesto en que el adquirente de un ordenador que suscribe un contrato con CGC: si lo usa para fines particulares las CGC quedarían sometidas a un control de contenido y si es para una actividad profesional, no. Se critica que la situación de la persona en ambos supuestos sea sustancialmente la misma y que no existen razones por las que uno de los casos sea “expulsado” del ámbito de protección. Creo, sin embargo, que pese a que la situación pueda parecer muy similar o incluso idéntica en los dos supuestos, ésta dista de ser así, el profesional, por serlo tiene una organización y tratamiento distinto en otros ámbitos. La circunstancia del “uso profesional” del equipo adquirido tiene importantes diferencias: por ejemplo, para el adquirente “profesional” la compra del ordenador tendrá un precio distinto (se puede recuperar el IVA pagado y el coste del ordenador será un gasto fiscalmente deducible), incluso sustancialmente menor. Lo mismo puede decirse si utiliza asesoramiento profesional para la compraventa; estos gastos serán igualmente deducibles, y no es raro que un profesional tenga algún tipo de “seguro de defensa legal”, que le permitirá iniciar un procedimiento en un lugar distinto al suyo de residencia sin un coste sustancialmente mayor, mientras que este tipo de seguros son mucho más infrecuentes entre particulares. Si, además, en lugar de un ordenador se trata de un gasto más importante, como por ej., la compra o alquiler de un local comercial, el profesional desarrollará normalmente su actividad a través de una sociedad, beneficiándose de la limitación de responsabilidad que ésta proporciona. Puede argumentarse que todas éstas son circunstancias externas a la suscripción del contrato o a la manifestación de la voluntad contractual. Como bien señala ALFARO AGUILA-REAL “una de las razones fundamentales que justifican la protección del consumidor estriba en que, a diferencia de los empresarios, carece de una organización que le permita

⁴⁷⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Las condiciones...*, o.c. p. 37.

autoprotegerse”⁴⁸⁰. Así, este diferente tratamiento está directamente relacionado con esa organización, por mínima que sea, presente en cualquier actividad empresarial.

Como concluye R.BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO

“El consumidor no está protegido especialmente por razón de su falta de cualificación o conocimiento frente al profesional con respecto a los bienes o servicios que adquiere o utiliza; tampoco en función de su menor capacidad económica frente a aquél. No son éstas las diferencias que el derecho de consumo pretende subsanar. El consumidor es protegido porque, estando abocado a consumir, no puede evitar contratar bienes y servicios para ello. Quien ingresa en el mercado con ánimo de lucro lo hace voluntariamente, y no merece tal protección, aunque en ocasiones tenga que actuar fuera de su especialidad profesional o empresarial, en condiciones de inferioridad por estar fuera de su giro propio habitual, queda excluida de la protección propia del consumidor”⁴⁸¹.

2.3. Diferente estándar de diligencia

La posición del profesional y del consumidor, habida cuenta de los distintos fines que persiguen y medios con los que cuentan, se distinguen también por el nivel de diligencia exigible a cada categoría en su comportamiento en general y en su aproximación a los contratos, y en especial a las CGC, en particular.

En el cumplimiento de las obligaciones, nuestro Código Civil parte como estándar general de comportamiento del concepto de buen padre de familia consagrado en el artículo 1104 CC, párrafo segundo. Sin embargo, esta estándar se concreta para la actividad del profesional, en su ámbito correspondiente, bajo la fórmula de la diligencia de un ordenado comerciante o igualmente de actuación conforme a la *lex artis*. Así se prevé por ejemplo en el art. 225.1 LSC (“Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos”)⁴⁸².

⁴⁸⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 159.

⁴⁸¹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario...”, o.c., p. 84.

⁴⁸² RAMOS HERRANZ identifica la responsabilidad o estándar de diligencia del empresario/profesional con la de los administradores de las sociedades de capital: “En definitiva, la diligencia exigible a un administrador como encargado de la gestión de la empresa (y también de la representación) coincidirá con la que ha de exigirse a un empresario, atendiendo a que la diligencia de un ordenado empresario consistirá, en última instancia, en ser un adecuado administrador mercantil” RAMOS HERRANZ, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, en *ADC*, Vol. 59, nº 1, 2006, p. 213

La profesionalidad consistirá en “una mayor previsión y prudencia en las actuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta una superior iniciativa y capacidad técnica”⁴⁸³. Eso implica efectivamente que utilice los posibles recursos a los que tiene acceso, y no solo su conocimiento genérico sobre el tráfico mercantil o contractual, que en algunos casos será inexistente. Por ejemplo cuando se encuentre con contratos de un sector distinto al suyo, por ejemplo, o en los casos a los que luego nos referiremos del denominado “consumo empresarial”. En esos casos el estándar de diligencia del ordenado comerciante parecería exigir que se busque asesoramiento de personas más habituadas (por ejemplo, de abogados). No es esperable que el profesional sea capaz de entender las implicaciones legales y económicas de todos los contratos que firma, pero sí que, especialmente de aquellos más relevante, busque asesoramiento para entender lo que firma, incluidas las CGC.

Es esa precisamente la regla que impone a los administradores de las sociedades de capital la denominada “*business judgement rule*” que consagra el art. 226.1 de la LSC (“En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado [...] con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado”).

Precisamente por la necesidad de un comportamiento “diligente”, no se espera que esta búsqueda de asesoramiento sea para todos los casos, si resulta antieconómica. Es decir, buscar asesoramiento externo o interno, con el coste que eso conlleva para un contrato de escasa relevancia respecto de los riesgos que implica, puede ser tan poco diligente, por desperdiciar recursos, como no hacerlo cuando se trata de un contrato que puede tener importantes implicaciones para la empresa.

Frente a este estándar de diligencia más exigente con respecto al de “buen padre de familia” que sería esperable pues del profesional adherente, la posición del consumidor es algo más compleja. La LGDCU dedica varias menciones al estándar de comportamiento de los empresarios en su relación con los consumidores, pero apenas contiene menciones a los deberes de diligencia del consumidor y cuando lo hace son demasiado genéricas. En concreto en el art. 75.2 LGDCU se menciona, la imposibilidad de devolución “sólo será imputable al

⁴⁸³ RAMOS HERRANZ, I. “El estándar...”, o.c., p..214

consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.”, y en términos similares se manifiesta el art. 76.bis) cuatro LGDCU.

Distinto es el caso de algunas otras normas de defensa de los consumidores en ámbitos concretos, y en particular en el derecho europeo, que influido por el derecho anglosajón utiliza frecuentemente referencias a la razonabilidad, como por ejemplo en la Directiva 85/374/CEE, 25 de julio, relativa a la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos “Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso [...] b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto” (art. 6.1.b)). En otros casos, se está estableciendo un “perfil determinado”⁴⁸⁴. Así por ejemplo en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, se apunta

“[...] el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos. [...] La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto” (Considerando 18).

La introducción de estos conceptos, en particular del consumidor medio o razonable, supone la importación de una terminología y modelos anglosajones, que puede que no acabe por tener buen encaje en nuestro derecho. No es un problema único de nuestro derecho, pues como se señaló al hilo de la reforma en Francia en 2014 por el que se sustituyó al “buen padre de familia” (“*bon père de famille*”):

⁴⁸⁴ TOMAS MARTINEZ, G., “La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance” en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1, 2015, p.88.

“No es del todo exacto presentar el reemplazo como un cambio meramente lingüístico, si por ello se entiende el sustituir al «*bon père de famille*» por una expresión sinónima. No estamos ante una mera actualización terminológica correctora de un patrón de conducta en la medida en que el estándar por el que se reemplaza tiene su propia historia y su propio calado dogmático-jurídico moldeado en una tradición como la anglosajona bien distinta a la francesa. Igual que el «buen padre de familia» tiene una tradición secular de interpretación doctrinal y judicial en cada una de sus aplicaciones, lo mismo pasa con la razonabilidad.

[...] Formalmente son expresiones más asibles que el «buen padre de familia». Pero esto es solo una apariencia porque los modelos de conducta no existen aislados del resto del ordenamiento jurídico. Son nociones objetivas, pero no son conceptos autónomos y es una cierta ingenuidad pensar que el jurista de tradición romana va a interpretar más fácilmente la expresión «diligencia razonable» que la «diligencia de un buen padre de familia».”⁴⁸⁵

Se trata en cualquier caso de un estándar de diligencia diferente al del profesional como adherente, menos intenso. Eso no quiere decir que esa diferencia justifique una diferencia de tratamiento legal. Más bien al contrario, podría aducirse que la existencia de estos estándares diferenciados ayuda a tener un similar tratamiento legal que, en su aplicación práctica, quedaría moderado de manera diferente para consumidores y no profesionales, precisamente por ese estándar de diligencia diferenciado.

2.4. Mayor variedad de situaciones subjetivas

En general, puede asumirse que en las relaciones entre profesionales y consumidores existe una importante diferencia de posición económica y de conocimiento⁴⁸⁶, en las que el consumidor es la parte “débil” económicamente y el profesional predisponente es fuerte⁴⁸⁷. Esta diferencia es la base de la inferioridad de “poder negocial” de los consumidores sobre la que se fundamentan los posibles abusos. Este poder negocial (*bargaining power*), teóricamente ligado a la capacidad económica, se entiende hoy como más bien basado en la información, siendo el fundamento del control de las CGC la “asimetría de la información”⁴⁸⁸. Sin embargo, no es solo la información ni la capacidad económica, sino un

⁴⁸⁵ TOMAS MARTINEZ, G., “La sustitución...”, o.c., p.88.

⁴⁸⁶ Bien es verdad que una persona de gran patrimonio puede gozar de los privilegios del “consumidor” frente a un pequeño empresario, pero dado que estadísticamente estos supuestos son marginales, la ley opta por ignorarlos, y seguir considerando “parte débil” al millonario.

⁴⁸⁷ Aunque esta visión “dialéctica” y decimonónica de la naturaleza de las relaciones contractuales nos parece un poco exagerada, la aceptamos por ser precisamente la que da lugar a la protección de los consumidores.

⁴⁸⁸ Cfr. PAZ-ARES, C “La terminación...”, o.c. , p. 37.

conjunto de situaciones, unas personales, otras del contexto o de la misma operación, las que acaban determinando la imposición o no de CGC, y por lo tanto de la aplicación práctica del “poder de negociación” que es lo relevante (pues ningún sistema protege a quien puede protegerse pero elige no hacerlo, porque no le interese o le resulte caro).

La categoría de los consumidores se entiende generalmente que es relativamente homogénea (aunque haya una gran variedad de situaciones subjetivas y existan diversos conceptos de consumidor según el ámbito concreto). Suelen distinguirse sin embargo al menos dos categorías de consumidores, el consumidor medio u ordinario del que ya hemos hablado anteriormente, y el consumidor vulnerable. Mientras que el primero es el “aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” el segundo sería “el que no puede captar la información que recibe”⁴⁸⁹ (o no puede hacerlo correctamente), aunque en ocasiones se preste también atención en la vulnerabilidad desde la óptica de los intereses económicos de los consumidores (así por ejemplo en la Directiva 2005/29/CE, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior o en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica)⁴⁹⁰.

La clase de los profesionales incluye una variedad de situaciones mucho mayor. Solamente en cuanto al tamaño, como elemento que se toma normalmente de referencia, hablamos, de tres tradicionalmente (pequeña empresa, mediana empresa, gran empresa), o de cuatro (microempresa, pequeña empresa, mediana empresa y gran empresa)⁴⁹¹ y hasta cinco categorías (si diferenciamos la gran empresa individual y el grupo de empresas). Las diferencias entre ellas pueden ser muy notables, probablemente mucho más que entre los consumidores. Lo relevante no es solo su capacidad económica, o de conocimientos (que pueden existir igualmente entre particulares, entre el millonario dueño de la empresa y un

⁴⁸⁹ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D. “Consumidor...”, o.c., p.36.

⁴⁹⁰ Este último Real Decreto 897/2017 que por cierto introduce una figura del “consumidor vulnerable severo” (art. 3.4) y “consumidor en riesgo de exclusión social” (art. 4).

⁴⁹¹ Según se establece en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, que sigue los criterios de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 6 de mayo de 2003.

empleado suyo) sino la existencia de una organización mucho más compleja y con mayores medios para realizar su actividad profesional y enfrentarse a las CGC.

Si atendemos no tanto al tamaño, sino a la información, las relaciones entre profesionales no desconocen situaciones de información asimétrica, pero ésta se presenta dentro de un amplio abanico de posibles situaciones. En la experiencia de la práctica profesional del abogado de empresa pueden observarse desde supuestos de posiciones idénticas a la posición del consumidor a otros en que el adherente es económicamente más fuerte que el predisponente, aunque tenga un menor “conocimiento”⁴⁹² del contrato en cuestión.

2.5. Mayor variedad y heterogeneidad de los negocios jurídicos

Aunque tanto entre profesionales como con consumidores el ámbito de contratos a los que es aplicable la LCGC es, en principio, ilimitado⁴⁹³, creemos que el número y tipo de contratos que se usan con consumidores es más reducido. Entre los profesionales el número y clases de contratos es mucho más amplio y, lo que es más importante, no cesan de aparecer nuevos tipos de contratos y de modificarse los existentes para adaptarse a las necesidades del tráfico. Por ello es necesario mantener un nivel amplio de libertad en el tráfico a la hora de establecer los contenidos contractuales; la necesidad de esta libertad puede, además, ser distinta entre ellos, y mientras algunos tipos de contrato entre profesionales pueden, y deben, ser sometidos a una regulación estricta (por ejemplo la agencia mercantil), en otros esta necesidad es menor⁴⁹⁴.

2.6. Diversidad de beneficiarios

Mientras que en los contratos con consumidores el único o principal beneficiado de las CGC es el empresario⁴⁹⁵, esto no es siempre así en los contratos entre profesionales. En

⁴⁹² Por ejemplo, un gran banco puede encontrarse firmando las CGC de una pequeña empresa de limpiezas para una de sus oficinas.

⁴⁹³ Pues el ámbito de los contratos excluidos (art. 4 LCGC) es idéntico para ambos supuestos.

⁴⁹⁴ Como hemos señalado antes, muchos de los actuales contratos mercantiles, como por ejemplo el contrato de seguro, etc., tienen su origen en el uso constante de “las otras condiciones generales” a las que hacía mención Lord Diplock.

⁴⁹⁵ El beneficio del adherente consumidor existe, pero menor, en forma del precio. Si el predisponente tuviera que incorporar a su estructura de costes los de negociación de cada contrato, éstos acabarían repercutiéndose al consumidor, que pagaría por ellos. Si estos costes no existen, o son menores, el coste de producción para el profesional será menor y tendrá más margen para reducir el precio de sus bienes

el ámbito de CGC entre profesionales, éstas pueden no resultar sólo en favor del empresario, sino que, indirectamente, a través del predisponente, pueden beneficiar a otros adherentes. Un caso paradigmático de esta situación es el contrato de franquicia, en que las CGC contenidas fijan un “interés común” en el cual no coinciden simplemente el franquiciador y el franquiciado como partes del contrato, sino también al resto de los miembros de la red de franquicia, que se benefician de una imagen y estilo empresarial común⁴⁹⁶. De hecho, ha llegado a manifestarse en relación con los contratos de distribución, que “la estandarización protege, no perjudica, a la minoría menos informada”⁴⁹⁷.

3. Los casos limítrofes y la distinción entre adherentes consumidores y profesionales

Todas estas diferencias se ponen de manifiesto en los casos limítrofes entre los conceptos de consumidor y profesional a los que antes hicimos alusión.

Se trataría fundamentalmente de supuestos que se agrupan en torno a personas físicas (los casos de actos mixtos, las personas físicas que participan a título individual en contratos entre profesionales, los actos preparatorios de la actividad profesional) y los relativos a personas jurídicas (el denominado consumo empresarial, y los relativos a la forma social adoptada). Ahí las líneas no son tan claras, el consumo empresarial se puede dar también en el empresario individual, y los actos preparatorios pueden iniciarse igualmente por una sociedad mercantil, pero en general, como veremos, la mayoría de los ejemplos y de los problemas tratan con estas categorías.

3.1. Actos mixtos o de doble finalidad

Nos referimos actos mixtos contratos con doble finalidad cuando un profesional, normalmente una persona física, adquiere un determinado bien o servicio para usarlo para una finalidad doble, por un lado para la actividad profesional y por otro fuera de esa actividad profesional (como consumidor). La intensidad de cada uno de los usos ha dado lugar a

o servicios. Existe también un beneficio difuso para la sociedad en su conjunto, pues resultaría imposible en la práctica discutir las CGC al tomar un taxi o montar en autobús.

⁴⁹⁶ Cfr. HERNANDO GIMÉNEZ, A. *El Contrato de Franquicia de Empresa*, Civitas, Madrid, 2000, p. 139.

⁴⁹⁷ Cfr. PAZ-ARES, C. “La terminación...”, o.c. , p. 38-39.

distintas categorías (uso profesional residual, minoritario o mayoritario, o uso privado residual⁴⁹⁸), intentando delimitar cual sea el uso más destacado. Al delimitarse la función de la mayor o menor importancia cuantitativa del destino, particular o empresarial, de los bienes o servicios adquiridos, se tiene también en cuenta la apariencia que deriva de la actuación de cualquier profesional o empresario. Este es un aspecto muy relevante porque, como señala R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO “dicha apariencia genera una confianza que debe ser respetada, salvo si dicha apariencia queda expresamente neutralizada por la propia actuación del profesional o empresario. Se trata de un tema de seguridad jurídica”⁴⁹⁹. En posición relativamente contraria, porque se insiste en la necesidad de actuar caso por caso estaría HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, para quien es preferible considerar estos actos profesionales en muchas ocasiones, puesto que el no hacerlo así, en muchas ocasiones dejaría a quien es realmente consumidor fuera del ámbito de la protección legal que le corresponde, y añade que este parece ser el criterio que parece seguir la jurisprudencia comunitaria⁵⁰⁰.

En cuanto a la práctica española, CAMARA LAPUENTE señala que no podía darse una solución clara y uniforme, pues era posible rastrear razonamientos de las tres primeras soluciones recogidas, normalmente *obiter dicta*, en multitud de sentencias y resultaba difícil concluir la existencia de una jurisprudencia consolidada al respecto, con la existencia de decisiones en todas las direcciones⁵⁰¹.

Hoy la situación parece inclinarse a favor igualmente del consumidor en caso de duda, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017 [Roj: STS 1385/2017], que en su FJ 4º 3 concluye:

“De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba.”

⁴⁹⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., pp. 111-112.

⁴⁹⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario...”, o.c., p. 100.

⁵⁰⁰ HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D. “Consumidor...”, o.c., p. 34.

⁵⁰¹ CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., pp. 112-113.

3.2. Participación de terceros en la contratación empresarial

Como vimos no es extraña la presencia en el ámbito de la contratación empresarial, incluso entre sociedades de personas físicas que tienen algún tipo de relación con una de las partes. La mayoría de los supuestos que encontramos, y los que contempla la jurisprudencia son los casos de la persona física avalista en algún tipo de operación profesional o empresarial (un préstamo las más de las veces, pero también otros contratos de finalidad financiera, como *renting* o *leasing*). Se suele distinguir entre estos los que serían puramente altruistas⁵⁰², de los que actúan en el marco o en el contexto de una actividad empresarial es decir en el contexto de un “vínculo funcional”, tales como accionistas o administradores (y sus cónyuges) de sociedades mercantiles. En estos se considera que hay un elemento de actuación profesional, y por tanto no cabe la consideración como consumidor, en esta línea por ejemplo encontramos el Auto del TJUE de 14 septiembre 2016 que resolvía una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial de Rumanía en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, considerando consumidores a las personas físicas fiadoras que no tenían vínculos funcionales con las sociedades a las que garantizaban.

Se refuerza desde esta idea el concepto de que es la intervención en el tráfico mercantil, y la asunción de los riesgos y potenciales ganancias que del mismo derivan, lo que marca la distinción. Quien actúa como accionista o administrador de una sociedad no percibe, al menos directamente, el resultado de la actividad empresarial. Pero sí que está participando en el tráfico de manera voluntaria, no porque necesite bienes o servicios en general, sino que se trata de una participación voluntaria orientada a un fin productivo, que es el mismo que tienen los profesionales que desarrollan en el mercado esa misma actividad⁵⁰³.

3.3. Los actos preparatorios de la futura actividad

Similares razonamientos resultan del supuesto de quienes suscriben un contrato, sin ser en ese momento aun profesionales, aunque pueden serlo en potencia, porque se trata de

⁵⁰² GARCÍA ABURUZA, M.P., “Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 1, 2017 (revista electrónica).

⁵⁰³ FLORENSA I TOMÀS, C.E. “La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del TJUE” en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, dirigido por M.D. Gramunt Fombuena y C.E Florensa i Tomàs, 2017, pp. 83-84

actos relacionados con una actividad futura más o menos cierta. Así, parecen verlo tanto el TJUE como nuestros tribunales.

La STJCE 3 julio 1997 (asunto Benincasa) contestaba negativamente al posible carácter de consumidor que se discutía ⁵⁰⁴

“las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional.”

Vemos que lo determinante en este caso, es que el régimen del derecho de consumo tiene esa naturaleza protectora o reequilibradora, que no se justifica cuando hay una actividad profesional prevista (presente o futura). Como veíamos no es relevante en realidad de cara a esta protección la capacidad de conocimiento, o no, incluso de la estructura. Se protege al consumidor por ese carácter subjetivo, que desaparece cuando la persona, libremente, decide iniciar una actividad empresarial con su riesgo y ventura, extendiendo esa calificación incluso a las fases preparatorias del desarrollo de dicha actividad.

3.4. El llamado “consumo empresarial”

Hablamos en general de “consumo empresarial” cuando tratamos actos empresariales, contratación de bienes o servicios, en áreas diferentes a las que constituyen su objeto de práctica principal o habitual. Por lo tanto en este caso, al contrario que en los anteriores, es irrelevante que el sujeto que busca la protección sea una persona física, o una persona jurídica, que suele ser el caso más habitual. Se argumenta que en estos supuestos el empresario está en una posición no tan diferente a la de los consumidores (muchas veces idéntica) porque no tiene un especial conocimiento del área o del contrato en cuestión que compense de alguna forma, siquiera parcial, la ventaja que tiene el predisponente. Es un argumento que se repite y que con mucho potencial de empatía, especialmente si se combina con el argumento de estar ante pequeños o medianos profesionales, o con el escaso importe de los contratos que hace razonable, desde el punto de vista económico, justificar la ausencia de la propia lectura del contrato.

⁵⁰⁴ STJCE (Sala 6ª) 3 junio 1997, asunto C-269/95, caso Francesco Benincasa c. Dentalkit.

Vimos que en algunos estados de Canadá⁵⁰⁵, se optaba incluso de alguna forma por definir los actos de consumo no por características subjetivas o de la actividad, sino por el importe. En la mayoría de los países, y al menos en nuestro ámbito los criterios son otros. En España, parte del problema, por el que es todavía un asunto relacionado con la antigua redacción de la LGDCU, que hablaba del carácter de “destinatario final de los bienes o servicios”, que llevaba a entender en ocasiones, que quien de hecho usaba (el consumidor material) el bien o servicio y lo agotaba, podía ser considerado consumidor. En esta línea fueron duras las críticas de A.BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO a la normativa andaluza de protección del consumidor que extendía la cualidad de consumidor a las personas jurídicas que adquirieran bienes para destinarlos de forma desinteresada o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros⁵⁰⁶. Se quejaba este autor de que toda actuación tendente a beneficiar a trabajadores y socios se realiza dentro del ámbito empresarial, como apoyo o complemento de estos, y que eso acababa convirtiendo a todas las grandes empresas en consumidores, al menos parcialmente⁵⁰⁷.

La respuesta a la pregunta del consumo empresarial suele ser vista como problemática y rechazada ampliamente. Así por ejemplo para CAMARA LAPUENTE “la respuesta debe ser negativa, pese a que dichos actos están alejados del núcleo de su actividad empresarial y guardan con ella una relación sólo indirecta, pero no son «ajenos a una actividad empresarial o profesional»”⁵⁰⁸ En idéntico sentido se manifiesta R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, por el argumento antes citado de que quien ingresa en el mercado con ánimo de lucro lo hace voluntariamente, y no merece tal protección, “aunque en ocasiones tenga que actuar fuera de su especialidad profesional o empresarial, en condiciones de inferioridad” y considera que

⁵⁰⁵ En algunos estados de Canadá (por ejemplo, en el Estado de los Territorios del Noroeste), todos los actos inferiores a 7500 dólares canadienses son considerados actos de consumo, con independencia de las características de las partes.

⁵⁰⁶ Art. 3.b) Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios en Andalucía. Si bien no está en vigor ya, su sustituta, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía incluye la misma definición al respecto.

⁵⁰⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. “Capítulo Primero...”, o.c., p. 34

⁵⁰⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., pp. 105.

toda la actividad empresarial debe quedar fuera la protección propia del consumidor, entre otras por razones de seguridad jurídica⁵⁰⁹.

Dos son las principales cuestiones a los efectos de CGC. La primera es esta de la seguridad jurídica, puesto que es importante saber cuál es el régimen aplicable a un contrato y “propiciaría una actividad probatoria generalmente poco inconcusa”⁵¹⁰. Estos fundamentos hacen que parezca razonable que no se tome este criterio ni como elemento de determinación para la aplicación de una norma (la existencia o no existencia de controles), ni para el mismo control que se establezca (directa o indirectamente). Sin embargo, tampoco obsta para que todos los contratos bajo CGC se sometan a un control, ya que en ese caso desaparece la inseguridad e incertidumbre.

El segundo elemento es que la exclusión del control se produce porque al final toda la actividad empresarial está integrada e interrelacionada. Si se adquiere un bien para la empresa será porque directa o indirectamente tiene relación o efecto en la actividad (aunque sea simplemente reputacional, como el uso de buenos coches por los empleados o directivos), y por lo tanto se integra también a los efectos de la asunción de los riesgos que su contratación implica.

4. La relevancia del elemento subjetivo y dudas sobre la continuidad de una categoría “unitaria” para las CGC

Hemos visto en el Capítulo 6, los argumentos a favor de la regulación de las CGC entre profesionales mediante controles, fundamentalmente de contenido, y algunas de las objeciones que reciben esos mismos controles. También hemos visto como estos mismos argumentos, y otros, que atendían a la especial posición de los consumidores, llevaban a muchos legisladores, en especial en lo que a nosotros concierne el legislador europeo, a diseñar medidas de protección de los consumidores en general.

Por eso, en los países como Alemania (cuya ABGB tanto influyó en la Directiva 93/13), los efectos prácticos sobre la normativa de CGC ha sido mínima. Se ha tratado básicamente de ajustar la posibilidad, actualmente recogida en el art. 310.3 BGB de que la

⁵⁰⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario...”, o.c., p. 100.

⁵¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., pp. 108.

normativa de CGC se aplique también a los contratos preformulados para uso no recurrente. Se ha mantenido así intacta la categoría jurídica de las CGC mediante una regulación general, con algunas normas especiales aplicables a los consumidores (además de las referidos, más los controles de incorporación y las listas de cláusulas prohibidas, como ya vimos, etc.). En Alemania, en este, como en otros muchos aspectos de la protección del consumidor quedan por tanto regulados por el BGB, la norma general⁵¹¹. Situación similar podríamos citar, con una normativa única de CGC tanto para los consumidores como para los profesionales a Portugal, cuya normativa ya vista de CGC cubre tanto a empresarios como consumidores, sin perjuicio de ciertas diferencias de tratamiento a uno y otro supuesto

En otros países que carecían de una normativa equivalente, como también vimos, la Directiva 93/13 fue implementada, generalmente, mediante su inserción en las normas especiales que sobre consumidores tenía cada país, constituyendo por lo tanto una reglamentación autónoma y separada para los consumidores, mientras que los no consumidores, tenían que recurrir a las normas generales (fueran estas más o menos protectoras, como tuvimos ocasión de ver en el Título II). El legislador español, adoptando una solución “única”, criticada de forma unánime por la doctrina, aprovechó la trasposición para aprobar la LCGC, si bien los preceptos relativos a los consumidores, especialmente los relativos a los controles de contenido a los que se refería la directiva se incluyeron, mediante las disposiciones adicionales en la LGDCU. Como manifestó nuestra doctrina, incluso con alguna propuesta, para implementar la directiva 93/13 no se necesitaba una ley de CGC, sino algunas modificaciones en la misma LGDCU⁵¹².

A falta pues de una regulación general unitaria, se ha producido por lo tanto el fenómeno de la separación de la categoría en dos formas de tratamiento de las CGC. Para los adherentes consumidores, la LGDCU, hoy TRLGDCU, y de forma subsidiaria (lo que en la mayoría de los casos, salvo los controles de incorporación, no era realmente necesaria) la LCGC. Para los adherentes profesionales la materia queda regulada, así pues, por las

⁵¹¹ Como se ve en Alemania, por la fuerza de su doctrina y tribunales, hay una concepción muy enraizada de las CGC como ámbito particular de estudio, dentro del Derecho de contratos. Ya hemos mencionado que, en su día la ABGB se planteaba igualmente como una norma de protección de los consumidores inicialmente, y solo durante el trámite parlamentario se convirtió en una regla general para todo tipo de adherentes.

⁵¹² ALFARO AGUILA REAL, J. “El proyecto...”, o.c., pp. 886-902,

normas de incorporación e interpretación de la LCGC, y la legislación general de contratos para todo lo demás, especialmente.

Básicamente pues, la materia de CGC se ha convertido, como bien entienden nuestros tribunales, en una cuestión de derecho de los consumidores, como ha ocurrido en otros países de nuestro entorno como Italia y, hasta hace poco Francia⁵¹³. En este sentido, en estos países, el derecho de consumo “ha adelantado por la derecha” a la normativa sobre CGC, arrebatándole de alguna forma la materia objeto de su estudio. La cuestión del tratamiento no es baladí, porque la integración de las reglas de CGC en la normativa de consumidores, aunque no sea una rama independiente del derecho, tiene sus propios principios y valores, lógicamente va a influir en la visión sobre las mismas, en especial por los tribunales, acostumbrados a actuar generalmente en interés del consumidor como parte más débil. Como señala ALBIEZ DOHRMANN, “uno de los efectos perturbadores del derecho comunitario en el derecho contractual ha sido la excesiva especialización del derecho contractual de consumo, con el consiguiente efecto negativo de desplazar, de arrinconar, el derecho contractual, cuyas normas, principalmente los Códigos civiles, están quedando desfasados, obsoletos”⁵¹⁴

Estando en España, y en otros países tan consolidada la normativa de consumidores cabe preguntarse tiene sentido que mantengamos todavía la ilusión de una regulación única de la materia de las CGC que se superponga al TRLGDCU. La cuestión es relevante porque un tratamiento unitario, aunque se den especialidades, requiere de una serie de compromisos o principios de carácter general, que puede que haga que la norma no funcione realmente para contextos que son tan distintos como son los de los adherentes profesionales y los de los adherentes consumidores. Algunos adherentes pueden estar cerca, a veces casi confundidos, como hemos visto, con los profesionales, pero las diferencias entre ambos grupos, aun en esos extremos, son al menos relevantes. Además, en la contratación con profesionales hay una mayor variedad de situaciones e intereses que cuando tratamos con consumidores, deberían de verse reflejadas en el tratamiento de los problemas generados por el uso de CGC con mucho cuidado. Aunque sea un tópico decirlo, el tráfico mercantil es muy sensible a los

⁵¹³ Como ya vimos, estamos todavía pendientes de la interpretación que se dé a las modificaciones introducidas en 2016 en el Código Civil por los tribunales para saber si se aplican también a los profesionales o, como vimos, quedan únicamente para los contratos entre particulares.

⁵¹⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección...*, o.c., p. 62

cambios normativos y requiere de un alto nivel de seguridad jurídica, y las intervenciones que se realicen tienen que ser lo más eficientes posibles, y por lo tanto realizarse teniendo en cuenta la realidad a la que se van a aplicar (estructura de la economía, estructura de los distintos sectores, etc.) y los problemas que en ellos se plantean, generalmente con equilibrios muy complejos (y muchos abusos también sea dicho).

Además, el tratamiento unitario genera un riesgo cierto de que se apliquen formas de tratamiento y prácticas de manera rutinaria y poco pensada en ocasiones, de los consumidores a los profesionales. Ya hemos visto las quejas en Alemania de un sector de la doctrina (minimizadas por otro, también sea dicho) y sobre todo por el mundo empresarial, de los problemas que genera la escasa aplicación real del tratamiento diferenciado que el BGB prevé para los controles de contenido a los profesionales, con una aplicación más o menos amplia de las listas de cláusulas prohibidas y poca virtualidad práctica de la referencia que pide el art. 310.1 BGB de prestar “la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial”. Se trata pues de evitar la consumerización del derecho mercantil bajo el paraguas de la utilización de CGC, a las que ni el tráfico mercantil, ni hoy prácticamente ningún ámbito de la contratación en el mundo de la empresa puede escapar.

La norma de tratamiento de cláusulas no negociadas individualmente (esto es CGC y, si hay alguno, de contratos individuales de adhesión) con consumidores parece que funciona “razonablemente bien”, al menos desde el punto de vista de la protección de los consumidores y en cualquier caso, una decisión de modificación al respecto correspondería al legislador europeo. Cabe por lo tanto preguntarse, aunque sea como hipótesis de trabajo, si no sería mejor dejar en el derecho de consumo el tratamiento de las CGC, y buscar fórmulas de tratamiento para los problemas que generan las CGC entre profesionales mediante otras fórmulas distintas a las tradicionales, y en particular, si se decide regular el ámbito profesional, hacerlo de forma que se responda de la manera más eficiente y respondiendo al contexto y a los problemas que se plantan en la contratación entre profesionales, atendiendo a las necesidades específicas.

CAPÍTULO 8: EL TRATAMIENTO Y CONTROLES DE LAS CGC ENTRE PROFESIONALES: PROBLEMAS Y PROPUESTAS ACTUALES

1. Punto de partida: propuestas doctrinales, iniciativas de reforma y una jurisprudencia más proclive a los controles

Tras exponer los argumentos a favor y las objeciones a sujetar las CGC a controles de contenido y revisar las diferencias de posición entre los consumidores y los adherentes profesionales, corresponde constatar cómo funciona todo esto en práctica. Para ello vamos a considerar en este Capítulo, como han abordado la cuestión de las proposiciones doctrinales como una serie de iniciativas de reforma de amplias áreas de nuestro derecho privado y los últimos desarrollos jurisprudenciales en relación con la aplicación de los controles de contenido a las CGC entre profesionales. En el siguiente capítulo incluiremos nuestra propia visión y propuesta al respecto.

1.1. Propuestas doctrinales: Propuesta mayoritaria de control de contenido

La doctrina española está de acuerdo mayoritariamente en la necesidad de someter a control las CGC entre profesionales de una u otra forma, aunque como luego veremos, con importantes matices. Así se manifiesta la casi totalidad de los autores que han tratado el tema de las CGC en España, como DE CASTRO Y BRAVO, GARCIA AMIGO, GONDRA, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, MIQUEL GONZALEZ⁵¹⁵, ALFARO AGUILA-REAL⁵¹⁶, R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO⁵¹⁷, PAGADOR LOPEZ, ALIBIEZ

⁵¹⁵ “La confianza del consumidor es una exigencia de la sociedad de consumo, pero también la del adherente empresario lo es en el tráfico entre comerciantes o empresarios en general. Se protege a los consumidores como agentes esenciales de un proceso económico y esa protección consiste en la protección de la confianza que un tráfico eficiente les exige. Pero también los empresarios en cuanto adherentes merecen esa protección, aunque en grado diverso, porque también entre ellos las condiciones generales son necesarias y plantean problemas semejantes” MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., 439-440.

⁵¹⁶ “Si bien cabría admitir que las necesidades de protección sean mayores en el caso de los consumidores, no parece que ello justifique en modo alguno que los empresarios no sean protegidos frente al empleo de condiciones generales” ALFARO AGUILA REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 176.

⁵¹⁷ “Resulta evidente que tales abusos también se producen entre profesionales cuando las posiciones contractuales entre predisponente y adherente son notablemente desiguales y no hay razón para prescindir de toda protección del contratante débil en tales casos. [...] Tanto el control de incorporación como el de contenido responden a un mismo fin: proteger al adherente débil (al que se le imponen las condiciones porque no tiene capacidad-fuerza en el mercado- para conseguir su negociación. Si los profesionales pueden ser débiles para merecer ser protegidos mediante un control de incorporación lo

DOHRMANN⁵¹⁸, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, PAZ-ARES RODRIGUEZ, o CAMARA LAPUENTE⁵¹⁹.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON se muestra dubitativo, aunque al final tome partido por la extensión del control:

“El sentido de las posibles regulaciones -sólo protección de consumidores cualquiera que sea su condición económica o protección del contratante más débil aunque no sea consumidor- abre una polémica que debe mantenerse, como ya hemos dicho, en un terreno de política jurídica. [...]. Hay que confesar que no resulta fácil el optar por uno u otro criterio, aunque, en la duda, una solución como la que hoy adopta el antiguo art. 4.110 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos resulta más ventajosa, como sistema de control.”⁵²⁰

A nivel europeo, cuando se planteó la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea⁵²¹ recomendaba positivamente la ampliación porque:

“no parece justificable la limitación del sistema vigente en materia de prevención y represión del uso de cláusulas abusivas únicamente a las relaciones de consumo; antes al contrario, debe hacerse extensiva a todos los tipos de relaciones contractuales que presenten las mismas características”⁵²².

son también para merecer un control de contenido” BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Artículo 8. ...”, o.c., p. 265.

⁵¹⁸ Este juicio es casi unánime en la doctrina, si bien en ocasiones formulado de manera más vehemente: “El legislador no quiso o no supo comprender cuál es el verdadero significado de una ley de condiciones generales. Al menos en lo que respecta a la protección de los empresarios, no ha dado las respuestas necesarias”, ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección...*, o.c., p. 117.

⁵¹⁹ “Creo que el sometimiento a control de contenido de las condiciones generales de la contratación- de sus contenidos de regulación típicos responde a una verdadera necesidad de política legislativa” EN CAMARA LAPUENTE, S., “Proporcionalidad en el control de las cláusulas contractuales: ¿Protección de la parte más débil y/o sanación de las disfunciones del mercado?”, en *Standardisierte Verträge-zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle* editado por J. Kindl, P. Perales Viscasillas y T. Arroyo Vendrell, Ed. Nomos, 2017, p. 171.

⁵²⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, o.c., pp. 462-463. En otros textos sin embargo, parece más partidario de los controles, aunque sea solo **para una** parte de los adherentes profesionales: “En el fondo, las razones que aconsejan regular el fenómeno y proscribir las cláusulas abusivas hacen aconsejable una regulación general. No se ve razón especial para que no puedan resultar protegidos los pequeños empresarios, comerciantes o industriales, y aún los grandes, cuando no han podido discutir el contenido contractual (DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., “¿Una nueva doctrina general del contrato?” en *ADC*, 1993, Fas. IV, p. 1711).

⁵²¹ Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre el tema “Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” .

⁵²² Conclusión 3.3, del Dictamen de 27 de abril de 2000, del Comité Económico y Social sobre el tema "Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores" (2001/C 116/25).

De hecho, en la misma reunión del Consejo Económico y Social en que se aprobaron esas conclusiones, se presentó una enmienda alternativa respecto a los párrafos 3.3. a 3.5 (que luego también mencionaremos) con el siguiente texto⁵²³:

“La directiva de 1993 cubre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores. El problema que se plantea es decidir si su ámbito de aplicación debe ampliarse a las cláusulas abusivas en los contratos por los que se rigen las relaciones entre profesionales.

Esta ampliación no es aconsejable por varios motivos. En efecto, la libertad contractual debe ser la norma en las relaciones entre profesionales. Asimismo, no debe correrse el riesgo de suprimir todo el sistema de derecho común de las obligaciones.

Por último, sería una aberración absoluta querer aplicar a los profesionales un texto que se elaboró exclusivamente desde el punto de vista de la protección de los consumidores.”

La defensa de la enmienda (que fue rechazada) argumentaba en su Exposición de Motivos:

“Las relaciones entre profesionales son totalmente diferentes de las relaciones entre profesionales y consumidores: las partes están en pie de igualdad y debe aplicarse el derecho común de las obligaciones. El hecho de que algún Estado miembro constituya una excepción a esa norma no justifica la ampliación a toda la Comunidad Europea. Incluso en el caso de que se prevea una reglamentación propia, de ninguna forma tiene cabida en la directiva de que se trata; con mayor motivo, si lo que se pretende es incluir en el ámbito de aplicación son las cláusulas negociadas de forma individual.”

La enmienda se rechazó por 51 votos en contra, frente a 48 votos a favor y 4 abstenciones. En cualquier caso, y por eso la hemos transcrito, demuestra que, pese a los trabajos “técnicos” que vimos antes respecto a las propuestas de armonización del derecho de contratos, el tema de la ampliación del tratamiento de los controles de contenido frente a cláusulas abusivas, y, en general, la ampliación de una protección similar a la de los consumidores a otros ámbitos de la contratación provoca un fuerte rechazo en muchas instancias políticas, jurídicas y económicas. La formulación de esta oposición no suele ser

⁵²³ Anexo del Dictamen de 27 de abril de 2000, del Comité Económico y Social sobre el tema "Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores" (2001/C 116/25).

tan pública y clara como en esta enmienda, y de ahí su interés por el que hemos creído conveniente reproducirla expresamente.

1.2. Propuestas normativas y su tratamiento de los controles de contenido a las CGC entre profesionales

Pese los pronunciamientos en la doctrina española, apoyados por los argumentos del proceso de unificación del derecho europeo, no parece que este tema haya conseguido una posición destacada en la agenda legislativa (si, en parte, en la judicial). En estos últimos más de 20 años en España han cambiado mucho los gobiernos y sus orientaciones políticas y económicas, y, sin embargo, se ha dado una única iniciativa parlamentaria que afecta aun indirectamente al incremento de los controles de contenido. De ella hablaremos más tarde. Es verdad que otros asuntos de gran calado han tenido ocupados a nuestros partidos políticos y parlamentarios en los últimos años, y que la que aquí tratamos es una cuestión bastante técnica. De hecho, los pocos cambios que se han realizado a la LCGC han ido en la dirección contraria, por ejemplo con la inclusión expresa del control de transparencia material de las CGC únicamente a los contratos entre consumidores y no los suscritos entre profesionales (según la redacción de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)⁵²⁴.

No se han rescatado pues las ideas contenidas en los trabajos preparatorios de la LCGC, en concreto en los diversos anteproyectos preparados por la Comisión General de Codificación: un Anteproyecto de 1984, otro de 1988 y, finalmente el Anteproyecto de 1992. Todos ellos coincidían en lo fundamental: que el ámbito de aplicación subjetivo incluía tanto a consumidores como a no-consumidores (en lo que coincidirían con la LCGC) y que las CGC contenidas en contratos entre profesionales deberían estar sujetas a un control de contenido.

La voluntad de introducir controles de contenido se ha tratado en estos últimos años en un marco más amplio, dentro del planteamiento de importantes reformas de nuestro derecho de contratos, en particular en sendas propuestas de reforma lanzadas desde posiciones civilistas a nivel español.

⁵²⁴ Art. 5.5. LCGC “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho” (el subrayado es nuestro).

Pero, al mismo tiempo, en otros proyectos de los últimos años, en concreto en la versión original de la Propuesta de Código Mercantil de 2013 se mantenía precisamente la actual situación de falta de control (si bien en su versión revisada de 2018 dejó de tener tratamiento expreso). La posición original de la Propuesta de Código Mercantil de 2013 demuestra que las posiciones no son tan unánimes como parecen en el ámbito doctrinal. Los controles de contenido son vistos con recelos por parte del tráfico mercantil y de los operadores. Esta postura, probablemente, se ve influida y reforzada por los efectos que la litigación masiva en torno a productos financieros que hemos visto, que, en los últimos tiempos, ocupan una parte importante del trabajo de nuestros tribunales. La labor del TJUE interpretando la Directiva 93/13 es particularmente relevante al respecto, pues se ha producido un importante *corpus* de Sentencias del TJUE, que han llevado incluso a hablar de resurrección de la Directiva 93/13⁵²⁵.

Aunque discutiremos su contenido detallado más adelante, al ver los aspectos concretos de la cuestión de los controles de contenido, puede ser útil adelantar aquí algunas ideas sobre estas propuestas en relación con las CGC entre profesionales.

1.2.1. Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos de 2009 de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil)

En 2009 se presentó la Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil (la “PMDOC”)⁵²⁶. Entre las finalidades de la propuesta, su Exposición de Motivos destaca dos:

“tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, lo cual significa tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los añejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad, de manera que la suerte de los contratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico. Una segunda finalidad, esta evidente, habrá de

⁵²⁵ MICKLITZ, H.W., REICH, N. “The court and sleeping beauty: the revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD) en *Common market law review*, 2014, Vol. 51, No. 3, pp. 771-808.

⁵²⁶ “Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil” en *Boletín de Información de Ministerio de Justicia*, Suplemento 1.1.2009, enero 2009.

ser buscar la mayor aproximación posible del derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy.”⁵²⁷

En esa voluntad de modernización, uno de los ejemplos que ponen precisamente los redactores de la propuesta es el de las CGC (el subrayado es nuestro):

“El siglo XX, en todo su cambiante y multiforme recorrido, ha conocido fenómenos a veces contradictorios que han incidido de lleno en la regulación legal de los contratos. Es el más importante, sin duda, el que se ha podido llamar la masificación y la estandarización de la materia contractual, que ha producido la conocida figura de las condiciones generales de la contratación y la búsqueda de remedios para corregir o paliar los abusos que a través de ella se pueden cometer.”⁵²⁸

Uno de los fines de la propuesta, siguiendo el modelo de la reforma alemana de 2001 era recoger el “el núcleo sustancial de la mayor parte de las reglas especiales” y para ello “realizar la remisión [a la normativa de consumidores] sólo a aquellos puntos en que el casuismo de las normas pueda resultar mayor”⁵²⁹.

Las normas sobre CGC están contenida en los arts. 1261 a 1264 PMCC. Su regulación sigue los parámetros típicos de una ley de CGC, manteniendo un tratamiento unitario y de bloque. Como se ha señalado, al tratar la materia “en bloque”, se la dota de una sistemática propia que se justifica por razón de la especificidad que presenta frente a la contratación negociada⁵³⁰. Sin embargo como luego veremos en realidad esto es más una ilusión que una realidad. Así se define el concepto de CGC (art. 1261.1 PMDOC), los controles de incorporación, incluyendo la regla de las cláusulas sorpresivas (art. 1261.2 y 3 PMDOC), el control de contenido (1262 PMDOC), con una cláusula general, la exclusión de la consideración de CGC de los elementos principales **del contrato**, una lista negra de condiciones abusivas, y finalmente las consecuencias de la aplicación de los controles sobre el contrato y la integración del mismo en su caso (1263.1 PMDOC) y, además, las acciones colectivas (1263.2 y 1264 PMDOC). Respecto a los contratos con consumidores, el art. 1262.5 PMDOC se remite a la aplicación de legislación especial de consumo.

Fuera de estas normas hay alguna más, como la referencia a las batallas de formularios (art. 1252 PMDOC) y las de contratación electrónica (art. 1268.1 PMDOC).

⁵²⁷ PMDOC, Exposición de Motivos, Sección IV, párrafo quinto.

⁵²⁸ PMDOC, Exposición de Motivos, Sección III, párrafo primero.

⁵²⁹ PMDOC, Exposición de Motivos, Sección IX.

⁵³⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea”, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dirigido por K.J. Albiez Dohrmann, y coordinado por M.^a L. Palazón Garrido y M.^a M. Méndez Serrano, Atelier, Barcelona, 2011, p. 214.

1.2.2. Las propuestas de Código Mercantil de 2013 y 2018 de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Mercantil)

El segundo documento, con un tratamiento muy distinto del anterior, es la de la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (la “PCM 2013”)⁵³¹, que mantenía precisamente la actual situación de falta de control material. Los motivos de actualización de la legislación mercantil son los mismos que en la legislación civil “la pérdida de vigor, que no de vigencia y la necesidad de revertir el proceso de reforma mediante leyes especiales”⁵³², y “la necesidad de adaptarse a una nueva constitución y marco económico actuales, en particular la unidad del mercado”⁵³³.

No es intención del PCM 2013, como señala la Exposición de Motivos, ocuparse de todos los aspectos del régimen jurídico de las CGC “sino sólo de los más básicos y generales”⁵³⁴.

Sin embargo, la redacción que planteaba respecto a CGC era bastante detallada, y seguía un esquema similar al de los primeros artículos de la LCGC. Además de la determinación del concepto de CGC (art. 430-1 PCM 2013), se considera la necesidad de que se produjera su incorporación al contrato (430-2 PCM 2013), se tocaban las cláusulas sorpresivas (art. 430-2 PCM 2013) y los criterios de interpretación (art.430-4 PCM 2013). Finalmente regulaba las CGC contradictorias (con la regla de “el último en disparar”, salvo que la otra parte de modo diligente manifieste su disconformidad). El PMC 2013 no incluía ningún control de contenido, sino, al revés, declaraba que la incorporación correcta produce su plena eficacia, “sin perjuicio de la legislación de tutela del consumidor”.

Además de las normas generales sobre CGC, había normas específicas para CGC en el contrato de seguro (art. 591-3 PCM 2013), en la comunicación electrónica de una propuesta de contrato (art. 421-8 PCM 2013) o en el contrato de crédito documentario (art. 575-3 PCM 2013), así como respecto a la ausencia de responsabilidad del emisor por las CGC de los créditos.

⁵³¹ Comisión General de Codificación, Sección Mercantil, “Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, Ministerio de Justicia, 2013.

⁵³² PCM 2013, Exposición de Motivos I-5, párrafo primero.

⁵³³ PCM 2013, Exposición de Motivos I-6.

⁵³⁴ PCM 2013, Exposición de Motivos V-13.

Sin embargo, en la versión revisada de la Propuesta de Código Mercantil, publicada de marzo de 2018 (la “PCM 2018”)⁵³⁵ las CGC dejaron de tener tratamiento expreso. Tras el dictamen del Consejo de Estado, se consideró mejor evitar la regulación de ciertas materias, entre otras las CGC en el futuro Código Mercantil. Se señalaba en el texto que, aunque podían haberse acogido estas “como versión mercantil de normas contractuales comunes”, finalmente se consideró que

“una interpretación apropiada de la equivalente norma común, cuando haya de ser aplicada en el ámbito contractual mercantil, o una correcta comprensión de sectores normativos que han adquirido notable autonomía como ordenación transversal de aspectos de la contratación, como ocurre principalmente con el derecho de los consumidores, constituían razón suficiente para una selección más ajustada de las especialidades mercantiles”⁵³⁶.

Aunque no hay regulación especial de las CGC en el PCM 2018, se dan algunas normas propias de interpretación e integración de los contratos mercantiles que podrían aplicarse a las relaciones entre profesionales, también cuando estén contenidas en CGC (por ejemplo, arts. 412-4 a 412-6 PCM 2018).

Sí que se mantienen las normas específicas para CGC de carácter instrumental: comunicación electrónica de una propuesta de contrato (art. 421-6 PCM 2018) o el contrato de crédito documentario (art. 575-3.3 PCM 2018), respecto a la ausencia de responsabilidad del emisor por las condiciones generales de los créditos. En el contrato de seguro (art. 581-3 PCM 2018) se vuelve a exigir para las CGC requisitos que no figuraban en el PCM 2013:

“Las condiciones generales y particulares deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza.
- b) Estar ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.”.

⁵³⁵ Comisión General de Codificación, Sección Mercantil, “Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el dictamen del Consejo de Estado”. Marzo 2018, disponible en https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428955789?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPropuesta+de+la+Seccion+Segunda+de+Derecho+Mercantil+del+Anteproyecto+de+Ley+de+Codigo+Mercantil+.PDF&blobheadervalue2=Docs_CGC_Propuestas.

⁵³⁶ PCM 2018, Exposición de Motivos V-4.

1.2.3. La propuesta de Código Civil, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2018

En 2018 se publicó la Propuesta de Código Civil, elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (la “PCC-APDC”)⁵³⁷. La PCC-APDC regula la materia de las CGC de forma igualmente completa en los arts. 525-5 a 525-9.

Se sigue en su tratamiento un esquema tradicional, con una regulación bastante parecida en algunos puntos a la PMDOC. Así, junto a la definición de las CGC (art. 525-5 PCC-APDC), siguen los controles de incorporación (art. 525-6 PCC-APDC), controles de contenido (art. 525-7 PCC-APDC) con remisión para los consumidores a las normas de consumo (art. 525-8 PCC-APDC), consecuencias de la abusividad y no integración (art. 525-9.1 PCC-APDC), y acciones colectivas (arts. 525-9.2 a 4 PCC-APDC). No hay normas de interpretación específicas y se aplican las normas generales (art. 524-5 PCC-APDC). Estas contienen una regla sobre CGC de relación entre las estipulaciones generales y las particulares (art. 525-3 PCC-APDC), supuesto para el que se aplicarían las más favorables al adherente (ya sean estas las generales o las particulares).

Se incluyen además normas sobre la incompatibilidad entre CGC (art. 522-12 PCC-APDC), optando por la regla de la validez de los contenidos comunes entre las CGC de ambas partes y exclusión de los contenidos donde haya diferencias en el tratamiento de la materia por las dos CGC (salvo denuncia posterior o advertencia anterior expresa). También se contienen normas sobre el lugar de perfección del contrato (art. 522-14 PCC-APDC), que se presume el domicilio del adherente, normas para los contratos celebrados por medios electrónicos o dispositivos automáticos (art. 525-15.3 PCC-APDC), y una regla imperativa para las CGC en contratos de distribución (art. 5102-5 PCC-APDC).

1.2.4. Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta de 2017

Por último, hay que hacer mención de la Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, presentada por el Grupo Parlamentario

⁵³⁷ Asociación de Profesores de Derecho Civil (VVAA), Propuesta de Código Civil, Tecnos, 2018, desde ahora “APDC”.

Socialista en la XII Legislatura⁵³⁸. Además de diversos cambios para mejorar la transparencia en el contexto de consumidores, la propuesta incluía obligaciones de transparencia material en las CGC entre profesionales en los mismos términos que para los consumidores, con la única diferencia de que para los profesionales no cabía apreciación de oficio sino que tenía que solicitarse y acreditarse la falta de transparencia.

“Artículo 6 bis. Control de transparencia.

1. Una vez las cláusulas predisuestas resulten incorporadas a las condiciones generales de la contratación de que se trate, quedarán sujetas al control de transparencia. Dicho control, aplicable de oficio por jueces y tribunales, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de transparencia y en los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto funcionamiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos.

2. La tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios. En este caso, el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predisuesto del clausulado objeto de impugnación.

3. La aplicación del control de transparencia se realizará de acuerdo con el régimen normativo previsto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.”

Textos similares se proponían introducir en el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

1.3. Jurisprudencia: “El abuso de posición contractual dominante”

En su día, la doctrina manifestaba su creencia de que la aplicación judicial de la LCGC podría ser contraria a la decisión del legislador y que podría producirse una evolución

⁵³⁸ Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG de 10 de noviembre de 2017.

que encauzara el control de las CGC entre profesionales⁵³⁹. En los primeros años tras la entrada en vigor de la LCGC, y en supuestos concretos, se dieron casos de una aplicación más o menos laxa de la LGDCU a supuestos de profesionales (muchas veces sin gran aparato justificativo, por cierto). Con el tiempo sin embargo, nuestros tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo, se han mantenido en general firmes en la no aplicación de la LCGC en lo que respecta a los controles de contenido a las relaciones entre profesionales⁵⁴⁰ como ya vimos.

Por contra, en los últimos años el Tribunal Supremo ha retomado de nuevo las referencias al “abuso de una posición dominante” de la Exposición de Motivos de la LCGC. A través de algunas Sentencias, en concreto en la ya referida STS de 3 de junio de 2016 [Roj 367/2016], pero sobre todo de la Sentencia de 30 de Enero de 2017 [Roj 57/2017], parece irse formulando una doctrina de “abuso de posición contractual dominante”. En el FJ 7 de esta última Sentencia se destaca que:

“Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las “cláusulas sorprendentes”[...] Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos de la LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de

⁵³⁹ Cfr. MIQUEL GONZALEZ, J. M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 437.

⁵⁴⁰ Algunas Audiencias Provinciales sí han sido en ocasiones más creativas al respecto, intentando apurar las posibilidades para “proteger” a los pequeños empresarios o personas relacionadas (fiadores, etc.). Además, se ha producido un cierto control encubierto vía la aplicación estricta de los controles de incorporación a los contratos entre profesionales. Véase CÁMARA LAPUENTE, S., “Experiencias...”, o.c., p. 227, nota 68.

negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente”

Estas ideas se repiten (transcribiendo los fundamentos anteriores en algunos casos) en las STS de 1 de julio de 2020 [Roj STS 2076/2020], 12 de junio de 2020 [Roj: STS 1591/2020], 27 de febrero de 2020 [Roj: STS 611/2020], 28 de noviembre de 2019 (Roj STS 3796/2019), entre otras varias del mismo ponente.

Al contrario en España las esperanzas (¿o son temores?) de la doctrina están precisamente puestas en nuestro Tribunal Supremo. Así se expresa CARRASCO PERERA que comentando la Sentencia del Tribunal Supremo 57/2017, de 3 de febrero señala:

“Es tanta la inconsistencia que cada día estamos un paso más cerca de instaurar un verdadero control de contenido y transparencia (supuesto que difieran) en contratos entre empresarios. Todo está en que el Tribunal Supremo se tome en serio el artículo 1258 del Código Civil y quiera decirnos de una vez qué es el control de transparencia cualificado.”⁵⁴¹

Es difícil en estos momentos discernir qué quiere decir el Tribunal Supremo exactamente con esta nueva doctrina y adónde quiere ir a parar. Es verdad que en las decisiones mencionadas se rechaza la aplicación de dicha doctrina de abuso de posición contractual dominante, por no darse los supuestos de hecho ni haberse probado los elementos que pedía. Pero sí parece que se abre una vía para que en el futuro, acreditada en fase de prueba la concurrencia de los elementos que se requieren (existencia o inexistencia de la información, circunstancias personales, etc.) se dé más relevancia al concepto de buena fe como requisito de control de las CGC que a la que nos tiene acostumbrados nuestro Tribunal Supremo. Están contenidos en estos breves párrafos de la jurisprudencia los elementos que

⁵⁴¹ CARRASCO PERERA, A. “De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores” en Revista CESCO de Derecho de Consumo Nº. 21, 2017, p. 170.

preocupan a la doctrina en cuanto a las razones de control de las CGC, y además también aquellas otras que están en la base del argumentario contrario a la introducción de controles (o al menos partidario de que se introduzcan unos controles matizados).

En cualquier caso, esta doctrina marca unos elementos importantes a tener en cuenta, en línea con otras sentencias anteriores:

- a) La voluntad firme del Tribunal Supremo de dar de un tratamiento diferenciado para los consumidores y los adherentes profesionales (respetando la voluntad de la LCGC), marcándolo en una cuestión tan esencial como es la carga de la prueba (que no se invierte);
- b) La importancia destacada de la diligencia exigible al empresario adherente;
- c) Como parte de esa diligencia, la relevancia de las características personales del adherente profesional (volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.);
- d) La influencia de estas características en la negociación, por ejemplo, podríamos añadir nosotros, si la imposición era tal o era una renuncia calculada, y si esta podía o no, estar justificada en función de la finalidad y riesgos que implicaba el contrato.

Hay además, otros elementos mezclados con los anteriores que tienen que ver con el predisponente. Se marcan por el Tribunal Supremo unas líneas que el predisponente no puede traspasar y que, agrupadas, justifican el control del contenido de las cláusulas examinadas. Así se habla en la Sentencia mencionada anteriormente de la “imposición de la cláusula” en cuestión; es decir, no dar opción a la negociación, que nos muestra la preocupación por posibles déficits de la autonomía. Se mencionan el “carácter sorpresivo” de la misma para el adherente con una regulación que “desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas”, lo que entronca con las facultades de redacción unilateral. Por último, la sentencia insiste en la relevancia de la inexistencia o insuficiencia de la información, que es la manera en que se puede contribuir a equilibrar la asimetría informativa y de costes que preocupaba desde el enfoque del análisis económico de las CGC.

2. Los mecanismos de control: cláusulas generales, listas y referencias al derecho dispositivo

Como hemos visto en el panorama del derecho comparado, las opciones de tratamiento de las CGC entre profesionales son variadas. La doctrina española ha optado mayoritariamente en sus propuestas por seguir el ejemplo de la legislación alemana. No solo se alababa el modelo teórico, sino que se destacaba tradicionalmente que su aplicación práctica no había tenido efectos negativos. Así, los primeros resultados de la experiencia práctica, diez años después de la entrada en vigor de la ABGB, parecían ser positivos y, de hecho, la doctrina española se hacía eco generalmente de tales resultados⁵⁴². Se trataba de rebatir el argumento de que estos controles supondrían “factores de rigidez” perjudiciales para el buen funcionamiento del mercado y convencer a quienes, desde las posiciones empresariales, podían mostrarse más reticentes a la hora de introducir estos controles en España.

2.1. Las propuestas previas a la LCGC

La propuesta en general es que esa cláusula fuera la de la buena fe (en particular MIQUEL GONZALEZ, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, y ALBIEZ DOHRMANN entre otros), siguiendo los modelos que ya hemos visto, en particular el caso alemán. Así, de hecho, se expresaban los diversos anteproyectos previos a la LCGC preparados por la Comisión General de Codificación: un Anteproyecto de 1984 (en adelante el “AP de 1984”), otro de 1988 (el “AP de 1988”) y, finalmente el Anteproyecto de 1992 (el “AP de 1992”). Todos ellos coincidían en lo fundamental: el ámbito de aplicación subjetivo incluía tanto a consumidores como a no-consumidores (en lo que coincidirían con la LCGC) y que las CGC incluidas en contratos entre profesionales estaban sujetas a un control de contenido, aunque en este ámbito sí había variaciones. El control del contenido se articulaba en torno a una

⁵⁴² Las citas habituales son las de ULMER (ULMER, P, “*10 Jahre...*”, o.c., p. 778-779) que podemos encontrar entre otros, en autores como BADENAS CARPIO (BADENAS CARPIO, J.M. “Comentario al art. 2”, o.c., pp. 60-62; ALFARO AGUILA REAL, J. *Las condiciones...*, o.c., pp. 176-177.

cláusula general y una lista de cláusulas específicas, que no eran de aplicación automática a los contratos entre profesionales en los AP de 1984⁵⁴³ y 1988⁵⁴⁴, y sí en el AP de 1991⁵⁴⁵.

En estas propuestas la cláusula general estaba centrada en la buena fe y complementada (en párrafo aparte) por una serie de criterios que aclaran o completan el concepto de buena fe al que se refería. Estos criterios giraban normalmente en torno al desequilibrio desproporcionadamente ventajoso de las prestaciones respecto al tipo contractual (AP 1984 y de 1988, donde tiene que ser además injustificado). Había además en todos, de manera más o menos clara, una referencia a los principios básicos del contrato (“principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato”, según el AP 1992 y “pueda impedir que el contrato alcance el fin económico protegido por el ordenamiento jurídico” en el AP 1988). Se trataba de optar por criterios que se consideraban por los redactores como fundamentalmente objetivos “con el fin de evitar el pronunciamiento judicial sobre el contenido económico de las prestaciones de las partes” (EM, párrafo 4 del AP de 1988).

Entre los borradores más cercanos a la LCGC, el publicado en Mayo de 1997⁵⁴⁶, no distinguía entre consumidores o no consumidores a la hora de declarar la nulidad de las

⁵⁴³ El artículo 8 del AP de 1984 establecía que “*Las cláusulas de las CGC serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, a los intereses del contratante sometido a esas condiciones generales. Este perjuicio se presumirá cuando las cláusulas mencionadas atribuyan al que las utiliza las CGC una situación desproporcionadamente ventajosa atendido el tipo contractual de que se trate o cuando el contenido de las cláusulas que regulan los derechos y obligaciones fundamentales de los contratantes pueda impedir que el contrato alcance el fin económico para el que fue celebrado*”.

⁵⁴⁴ El artículo 8 del AP de 1988 coincide básicamente con el anterior, pero establecía ligeras diferencias (subrayadas en el texto) “*Las cláusulas de las CGC serán ineficaces cuando perjudiquen, en contra de las exigencias de la buena fe, a los intereses del contratante sometido a esas condiciones generales. Este perjuicio se presumirá cuando las cláusulas mencionadas atribuyan al que las utiliza las CGC una situación desproporcionadamente e injustificadamente ventajosa atendido el tipo contractual de que se trate o cuando el contenido de las cláusulas que regulan los derechos y obligaciones fundamentales de los contratantes pueda impedir que el contrato alcance el fin económico protegido por el ordenamiento jurídico*”.

⁵⁴⁵ El artículo 7 del AP de 1992 establecía que: “*7.1. Serán nulas de pleno derecho las cláusulas generales que contradigan, en perjuicio del adherente, las exigencias de la buena fe. 7.2. Se presumen contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato o modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza. Corresponde al predisponente la prueba de que existe justificación para la contradicción, el apartamiento o la modificación a que se refiere este apartado*”.

⁵⁴⁶ Publicado en Actualidad Civil / legislación de 7 de mayo, pp. 341 y ss.

cláusulas abusivas⁵⁴⁷, y se remitía en su artículo 7 al artículo 10 bis de la LGDCU. La extensión del ámbito del control fue positivamente valorada por el Consejo de Estado⁵⁴⁸, que, por otra parte, se manifestaba partidario de extender el control del contenido, según el modelo de cláusula general del art. 10.bis. 1 de LGDCU a los contratos que incluyan CGC entre profesionales⁵⁴⁹.

2.2. Propuestas actuales de regulación en España

La opción de la buena fe como cláusula general es igualmente la fórmula incluida en la PMDOC y PCC-APDC. Así, la PMDOC utiliza como criterio de abusividad, y por lo tanto de nulidad, el causar, “en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato” (artículo 1262. 1. PMDOC). Su formulación es muy similar a la que actualmente tiene el TRLGDCU, que no se refiere a CGC sino a cláusulas no negociadas individualmente⁵⁵⁰.

Este principio general es desarrollado en la PMDOC mediante varias fórmulas:

- a) exclusión del control de las prestaciones principales objeto del contrato (“El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato” art. 1262.2 PMDOC)

⁵⁴⁷ Art. 7.2: “Son también nulas las cláusulas generales que sean abusivas, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios”.

⁵⁴⁸ Dictamen del Consejo de Estado: “El Consejo de Estado manifiesta su plena conformidad con la vía escogida para llevar a cabo la transposición, en cuanto ha permitido extender la protección a pequeños y medianos empresarios y aprovechar los trabajos de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación” (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3194/1997, Sección 2ª de 24 de julio de 1997, en *Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado-1997*, BOE, Madrid 1997, p. 134.

⁵⁴⁹ “Es cierto que la consideración de todas las cláusulas a que se refiere la proyectada disposición adicional de la LCGDCU como condiciones nulas en la contratación entre empresas podría introducir rigideces empresariales no deseadas. Pero no parece que pueda afirmarse lo mismo respecto del concepto general de las cláusulas abusivas, contemplado en el proyectado artículo 10 bis 1 de la LCGDCU; si una determinada condición general, que no ha sido negociada individualmente, es contraria a la buena fe, y causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, parece que sí debería ser sancionada con la nulidad, incluso aunque se trate de contratos entre empresarios. La misma flexibilidad de los conceptos utilizados en la definición permitirá tener en cuenta las características específicas de la contratación entre empresas, pero permitiendo al mismo tiempo una protección de aquellas que se encuentren en una situación de inferioridad”, en Dictamen..., o.c., p. 140. Aunque no consta cuál de las versiones del AP 1997 (antes o después de la supresión de la referencia en el 7.2 a “aunque el adherente no sea consumidor”) sea la que tuvo a su vista el Consejo de Estado, su postura parece claro al respecto de apoyar el control del contenido.

⁵⁵⁰ “Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato.”(Artículo 1262. 1. PMDOC)

- b) aplicación de una lista de cláusulas prohibidas (lista negra), de aplicación generalizada (art. 1262.3 PMDOC), fórmula que luego matizaremos;
- c) imposibilidad relativa de desplazar el derecho dispositivo (“Se presumen abusivas las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables” art. 1262.4 PMDOC).
- d) la necesidad de valorar criterios concurrentes en relación con el contrato (“El carácter abusivo [...] se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o, de otro del que dependa” art. 1262.2 PMDOC);

Por su parte, la PCC-APDC regula las cláusulas abusivas en su art. 525-7 bajo un esquema similar. Así, junto a una cláusula general con el mismo contenido sustancial que la PMDOC (tanto en texto como en referencia no a CGC sino cláusulas no negociadas individualmente), se incluyen algunas matizaciones en línea con el DCFR:

- a) la exclusión del control de las prestaciones principales objeto del contrato, incluida adecuación del precio (“El carácter abusivo no alcanza a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y a su adecuación con el precio, siempre que se expresen de manera clara y comprensible”, art. 525-7.3 PCC-APDC);
- b) la necesidad de valorar criterios concurrentes en relación con el contrato (“Para apreciar el carácter abusivo de una cláusula se toma en consideración la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa”, art. 525-7.2 PCC-APDC); y
- c) la exclusión del contrato de las cláusulas que tengan origen en una norma legal aplicable (“No se consideran abusivas las cláusulas que reflejen normas legales, incluidas las recogidas en los convenios internacionales de los que sea parte el Reino de España o la Unión Europea, siempre que sean aplicables al contrato” art. 525-7. 4 PCC-APDC).

Como vemos las propuestas son sustancialmente muy similares salvo en por la inclusión en la PMDOC de una lista de cláusulas negras y la imposibilidad de desplazar el derecho dispositivo. Además, se incluye, en la PCC-APDC la referencia a las disposiciones legales aplicables.

3. Propuestas de tratamiento adaptadas al tráfico mercantil: un tratamiento diferenciado o menos intenso para las CGC.

Una postura también común en nuestra doctrina es que, cuando tratamos del tráfico entre profesionales, los controles de contenido de las CGC deben adaptarse a fin de recoger las diferencias características de los adherentes profesionales. Se trata así de dar respuesta a las preocupaciones de quienes ven el riesgo de una intervención, o una intervención excesiva, que acabe dañando el tráfico mercantil, así como destacar la exigencia de autorresponsabilidad, la posibilidad de calcular y dominar los riesgos, que concurre en los adherentes profesionales⁵⁵¹.

Sin ánimo de exhaustividad, sí señalaremos algunas voces que reconocen como relevante la diferencia y proponen un tratamiento diferenciado. Así, por ejemplo, MIQUEL GONZALEZ destaca que “la contratación mediante condiciones generales exige una protección de los adherentes; aunque deba ser más intensa para los consumidores que para los empresarios, pero distinta, por superior de la que proporcionan las normas imperativas y prohibitivas aplicables a todos los contratos”⁵⁵². Algo más ambiguo se mostraba ALFARO AGUILA-REAL, que parece apoyar esta diferenciación al señalar que las distintas características y necesidades de protección se justifican en relaciones entre empresarios, esto es, en el tráfico mercantil⁵⁵³. En esta misma línea se manifiestan otros como CAMARA LAPUENTE, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, ALBIEZ DOHRMANN o MATO PACIN.

⁵⁵¹ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 440.

⁵⁵² MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 434.

⁵⁵³ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, o.c., p. 179.

3.1. Formas posibles de tratamiento

El elemento clave, sin embargo, es ver cómo se produciría ese “atemperamiento” o modulación. Las experiencias de derecho comparado que vimos y las propuestas doctrinales contemplan las siguientes alternativas:

- a) incluir (o excluir) del ámbito de control a determinados sujetos o contratos;
- b) excluir los contratos no directamente relacionados con el giro del profesional adherente (el consumo empresarial);
- c) sometiendo únicamente los contratos entre profesionales a la cláusula general y no a las listas de cláusulas (negras o grises), o utilizando listas diferenciadas para consumidores y para profesionales (sistema portugués); o
- d) matizando fórmulas para aplicar la cláusula general (establecer un diferente estándar de abusividad o ruptura de buena fe).

Aunque nos vamos a centrar en estas opciones, no son las únicas. Por ejemplo, en el sistema holandés hemos visto que se empleaban otros criterios; como el relativo a la utilización por el adherente de estas o similares condiciones para excluirlas del control⁵⁵⁴. El Consejo Económico y Social de la Unión Europea, tras considerar conveniente ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, sugería otros como distinguir entre prohibiciones absolutas y relativas, o no invertir la práctica de la prueba en las CGC suscritas por profesionales, etc.⁵⁵⁵.

3.2. Protección limitada a cierto tipo de empresarios (pequeños y medianos)

La primera fórmula para plantear un tratamiento diferente del de los consumidores es hacer una distinción dentro del grupo de profesionales aplicando los controles de contenido solo a los contratos suscritos por un sector de ellos. Se da así una graduación en la aplicación de los controles. Hay un primer grupo de sujetos, los consumidores, objeto de protección máxima; un segundo, los pequeños o medianos empresarios, equiparados

⁵⁵⁴ Supone este un supuesto interesante, porque viene a poner el énfasis en la cuestión de la relación de la asimetría informativa, pero también en la de la fuerza subjetiva.

⁵⁵⁵ Conclusión 3.3, del Dictamen de 27 de abril de 2000, del Comité Económico y Social sobre el tema "Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores" (2001/C 116/25).

parcialmente a los anteriores, y un tercer nivel, los demás profesionales, sin protección alguna en cuanto al contenido de las CGC.

Esta es la fórmula seguida en Holanda y Australia con diferentes matices. En Australia, hemos visto que a los pequeños y medianos empresarios -- y para contratos que no excedan un importe de cierta relevancia-- se aplican los mismos controles que a los consumidores (equiparación total). Por otro lado, en Holanda no hay equiparación total del relativamente pequeño grupo de empresarios objeto de protección, ya que no se les aplican las listas negras y grises que sí se aplican a los consumidores, aunque sí una cláusula general, no solo para los controles de contenido sino también para los controles de inclusión.

En estos países, fuera de este grupo de profesionales que se equiparan total o parcialmente a los consumidores, las cláusulas contractuales siguen siendo CGC, pero los legisladores correspondientes consideran que los profesionales adherentes no son merecedores de protección. En esta exclusión de la protección inciden consideraciones de tipo económico y de la responsabilidad que impone el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, como ya hemos visto que suele argumentarse.

Entre nosotros, aunque las referencias a la necesidad de protección de los pequeños y medianos empresarios sean relativamente comunes, como vimos al comienzo de este apartado, no muchas voces han defendido la necesidad de proteger únicamente a estos pequeños (o pequeños o medianos empresarios). MATO PACIN es probablemente quien ha sido más clara en este sentido. Parea esta autora es aceptable considerar que no todo empresario adherente es sujeto susceptible de ser protegido por la utilización de CGC, y hay que distinguir entre diferentes supuestos: “No se puede tratar igual a un pequeño empresario con escaso poder de negociación que a otro que, a pesar de ser adherente, puede estar ostentando una posición similar a la del predisponente”, y del mismo modo, esta autora, introduce como elemento el sector con que se contrata: “del mismo modo, hay que diferenciar entre aquel empresario que contrata dentro de su sector y aquel otro al que le es ajeno el ámbito en el que está contratando, puesto que la diligencia que se le puede exigir, por carecer de experiencia, es menor.”⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ MATO PACIN, N., *Cláusulas...*, o.c., p. 51.

Para esta autora hay dos criterios a tomar en cuenta: la posición relativa del predisponte con el adherente y la ajenidad del sector de contratación del adherente, si bien el primero es el más determinante. Estos dos elementos combinados pueden dar lugar a diferentes situaciones (pequeño empresario que actúa en su sector habitual o mediano empresario que actúa fuera de su sector habitual), que determinan una menor o mayor necesidad de protección⁵⁵⁷.

Ambos criterios parecen razonables desde el punto de vista de los problemas que hemos visto que ocasiona la contratación con CGC, respecto al déficit de poder negocial y de conocimiento. Para MATO PACIN estos criterios delimitadores “representan un intento de identificar un grupo de sujetos al que es más probable que le sean impuestos contenidos contractuales, pero que no tienen por qué ser los únicos.”⁵⁵⁸

Extender a estos una protección, por un lado, tendría un importante efecto de alivio en un número importante de casos en que se dan situaciones injustas. Por otro lado podría pensarse que esta importancia en número debería llevar a una mejora del equilibrio no solo para ellos, sino para todos los empresarios, al menos respecto de las estipulaciones más injustas, al poder generalizarse las especiales consideraciones contractuales que haya que tener respecto a ellos.

3.3. El llamado “consumo empresarial” (exclusión por ajenidad del contrato con CGC al sector de práctica del adherente, sus conocimientos o el tamaño del contrato)

Combinado con el anterior argumento (como ya vimos en MATO PACIN) o de manera independiente, se plantea que en determinados contratos el profesional está en una situación muy parecida, si no idéntica, a la del consumidor. De hecho, para el adherente en muchos casos va a ser imposible distinguir entre sus clientes quienes adquieren el bien o servicio para integrarlo en un proceso empresarial o quienes simplemente disfrutan de él como consumidores⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ MATO PACIN, N., *Cláusulas...*, o.c., p. 53.

⁵⁵⁸ MATO PACIN, N., *Cláusulas...*, o.c., p. 54.

⁵⁵⁹ Piénsese, por ejemplo, en los viajes de personas, en que lo más que puede hacer una compañía área es segmentar por precios, esperando, lo que no siempre es así, que quienes gasten más dinero sea quienes lo utilicen para fines empresariales

Se trata de supuestos en que el profesional actúa fuera de su ámbito habitual de negocio, y, en muchos de los casos, además estamos hablando de contratos de un valor relativamente pequeño. El hecho de tener una cierta organización empresarial (experiencia, capacidad de asesoramiento) no le supone al adherente ninguna ventaja (por operar en un sector totalmente diferente donde su experiencia no le sirve de nada) o resulta antieconómico aplicar tales recursos (contratos de pequeño importe). Por ser ajeno a la actividad principal, parece que la integración de los bienes o servicios así adquiridos (o vendidos en algún caso) no tiene una relación directa con la actividad empresarial del profesional, que de alguna manera los consume sin integrarlos de manera directa en su proceso principal de producción.

Por esta similitud con la posición del consumidor y de su carácter generalmente como “usuario último” de estos bienes es por lo que se habla de “consumo empresarial”. Como vimos, en estos supuestos no se considera que estamos ante un consumidor “pese a que dichos actos están alejados del núcleo de su actividad empresarial y guardan con ella una relación sólo indirecta” ya que “no son «ajenos a una actividad empresarial o profesional»”⁵⁶⁰. Por eso desde el derecho de consumo se rechazaba en general esta ampliación. Como ya vimos, CAMARA LAPUENTE⁵⁶¹ considera que, desde la perspectiva del consumidor, no debe considerarse consumidor al adherente en estas circunstancias, en particular desde la visión del derecho comparado y, en especial, la jurisprudencia francesa, donde este planteamiento ha sufrido cierta evolución, y también en la jurisprudencia comunitaria.

Lo que se plantea es, si desde el punto de vista de la regulación de las CGC (no en otros ámbitos del derecho de consumo) hay que dar un tratamiento diferenciado, un control de contenido material, a las CGC de los contratos que puedan suscribir los profesionales. CAMARA LAPUENTE da una serie de razones⁵⁶² para no proteger desde la óptica del derecho de consumo los supuestos de consumo empresarial (aunque también reconoce que el legislador puede dar esa protección de forma independiente⁵⁶³). Una parte importante de los argumentos encajan con los señalados en el Capítulo 7 de este estudio: la integración del

⁵⁶⁰ CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., p. 105.

⁵⁶¹ CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., p. 106.

⁵⁶² CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., p. 106.

⁵⁶³ CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., p. 106.

contrato en el proceso productivo, beneficiándose de particulares regímenes fiscales empresariales, mayores medios de información (incluso fuera de su sector de actividad) y mayor capacidad financiera e informativa, o deber de actuar con otro tipo de diligencia .

Pero, además, señala algunos riesgos de ampliar al consumo empresarial la protección de los consumidores:

- a) Riesgo de difuminar en exceso el concepto de consumidor;
- b) Riesgos para la seguridad jurídica, pues, en función de la complejidad de la actividad empresarial o profesional y de la interpretación más estricta o amplia del concepto de “relación directa”, se podría llegar a resultados muy dispares y, en todo caso, inciertos;
- c) Riesgo de exclusión de algunos consumidores de la protección. Para CAMARA LAPUENTE podría formularse un argumento de tipo “simétrico” que asimilase a profesionales a los consumidores que actúan en un ámbito de su competencia o especialización para fines privados⁵⁶⁴.

Sin perjuicio de que no se le otorgue el reconocimiento como consumidor, MATO PACIN argumenta que la ajenidad del sector de contratación respecto del giro habitual del adherente podría ser un factor a tener en cuenta en relación con la aplicación de cierta forma de controles de contenido. Considera esta autora que cuando el empresario adherente se mueve en su sector, la autorresponsabilidad que se le debe exigir es mayor pues al sujeto se le presupone una experiencia profesional y un conocimiento de las cláusulas típicas o los usos del ramo. Por lo tanto, sus necesidades de protección serían mayores que cuando esté actuando fuera de su sector⁵⁶⁵.

Este argumento está de alguna forma relacionado con las teorías de asimetría informativa y de costes que vimos antes, y con algunos de los elementos diferenciadores de la actividad entre los profesionales y los consumidores. Así, si el adherente está contratando dentro de su sector, más que una mayor responsabilidad, lo que tendrá es una mayor capacidad de conocer el contrato, tanto en cuanto a los mismos costes de transacción, como que puede estar acostumbrado a leer clausulados similares o firmar el mismo clausulado con

⁵⁶⁴ CAMARA LAPUENTE, S., “El concepto...”, o.c., p. 106.

⁵⁶⁵ MATO PACIN, N., *Cláusulas...*, o.c., p. 52.

frecuencia. Se situará en una posición de mayor igualdad con el predisponente que justificaría desde el argumentario del análisis económico que este adherente pueda no estar en una situación asimétrica porque conocerá y entenderá no solo el texto, sino los mecanismos de funcionamiento del contrato que permiten la explotación de ventajas por parte del predisponente, y que le facilitarán una valoración del equilibrio de intereses en juego y por lo tanto de las prestaciones con respecto al precio⁵⁶⁶.

3.4. Utilización de estándares “simplificados” o criterios “atemperantes” propios del tráfico entre profesionales

Otra forma de marcar la diferencia entre los controles a las CGC entre profesionales y con consumidores es plantear controles menos “rígidos” para los profesionales, siguiendo el modelo alemán. Así lo sugiere la doctrina para la que la adopción de “listas negras o grises” puede resultar demasiado intrusiva (ALBIEZ DOHRMANN). Para marcar la diferencia entre adherentes consumidores se excluye la aplicación de estas cláusulas en el caso de los adherentes profesionales (Alemania) o se limita la aplicación a los contratos entre profesionales solo de una parte de estas cláusulas, las que se recogen específicamente en listas de cláusulas prohibidas para los contratos entre profesionales (Portugal).

Igualmente en la normativa alemana se establece una diferencia en el tratamiento de las CGC entre profesionales y cuando se introducen en contratos con consumidores en relación con los usos empresariales. Así el art. 310.1 BGB manda que cuando se aplique el control de contenido del art. 307 BGB a los casos previstos en los artículos 308 y 309 -- a la lista de cláusulas negras o grises-- “se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial” (art. 310.1 BGB).

Un principio similar se prevé aplicable en el DCFR que en su art. II.–9:405, prevé la utilización de las buenas prácticas comerciales, no tanto como elemento moderador de la abusividad, sino como elemento constitutivo del concepto de lo que es una cláusula abusiva, pues requiere que para ser abusiva, la cláusula sea “de tal naturaleza que su aplicación se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales en contra de las exigencias de la buena fe contractual”.

⁵⁶⁶ Así un profesional que disponga de varias franquicias, con el mismo o distinto franquiciador, estará en mucho mejores condiciones de conocer los riesgos de comportamientos oportunistas por las partes que permita un texto contractual, y por lo tanto considerar si cumple o no sus expectativas.

Sin embargo, como ya vimos anteriormente parece que este principio, pese a la claridad del mandato, tiene poca virtualidad práctica porque los tribunales alemanes solo permiten aplicar estas prácticas y costumbres del mercado si no son injustas en sí mismas y el estándar de control --o al menos los resultados-- tienden a ser idénticos o muy similares en las mismas cláusulas incluidas tanto en contratos entre profesionales, como en aquellos celebrados con adherentes consumidores. Eso hace prever que las cláusulas que antes hemos visto, tanto del DCFR, como las propuestas españolas, tendrían poco efecto real como factor de moderación o diferenciación del tratamiento entre consumidores y empresarios.

3.5. Reflejo del tratamiento diferenciado en las propuestas españolas

Las opciones de tratamiento diferenciado al control entre consumidores y adherentes profesionales se ven pobremente reflejadas en las diferentes propuestas de tratamiento realizadas en nuestro país. Pese a la frecuencia en que se repiten los argumentos de la necesidad de proteger al pequeño empresario que también puede sufrir la imposición de CGC abusivas, tales afirmaciones, sin duda formuladas con la mejor intención, en muchas ocasiones parecen, a la postre, quedar en nada.

Entre los antecedentes de la LCGC, los tres anteproyectos previos al proceso que condujo a la promulgación de la LCGC, el control del contenido se articulaba en torno a una cláusula general y una lista de cláusulas específicas, que no eran de aplicación automática a los contratos entre profesionales en los AP de 1984 y 1988, y así también en el AP de 1991. Fuera de esta diferencia, no había otras exclusiones respecto a determinados empresarios o contratos, ni diferencias ni matices en cuanto al tráfico empresarial.

Respecto a las listas de CGC abusivas, en los AP de 1984 y 1988 el catálogo de cláusulas abusivas tenía su ámbito de aplicación subjetivo en las relaciones con consumidores, pero, mediante el juego de criterios interpretativos podía igualmente llegar a considerarse en las relaciones entre empresarios. En el AP 1992, sin embargo, el catálogo era de aplicación tanto a las relaciones entre empresarios como a las relaciones de éstos con consumidores, justificando dicha propuesta la Exposición de Motivos en que se decía:

“según viene poniendo de manifiesto la experiencia comparada, no existen razones de peso para excluir a quienes no sean consumidores en sentido técnico de una protección que ha de proporcionarse, no por razón de los sujetos sometidos a las condiciones generales, sino en atención a los riesgos que para el adherente, cualquiera que sea su condición, implica la utilización por parte del predisponente de

cláusulas redactadas de antemano, que se incorporan al contrato sin que aquel haya podido influir en su configuración o selección. “ (E. M. Párrafo 3)

Las propuestas legislativas recientes que incluyen controles de contenido (PMDOC y PCC-APC⁵⁶⁷) no hacen distinciones ni establecen un régimen diferenciado según el ámbito subjetivo.

Indirectamente en ambos casos cabría la posibilidad de apreciar criterios concurrentes en relación con el contrato, para lo que se tendrá en cuenta “la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa”⁵⁶⁸ (art. 1262.2 PMDOC y art. 525-7.2 PCC-APDC), aunque con un alcance limitado.

Este principio general es desarrollado mediante varias fórmulas:

- e) la exclusión del control de las prestaciones principales objeto del contrato (“El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato” art. 1262.2 PMDOC); o
- f) aplicación de una lista de cláusulas prohibidas (lista negra), de forma generalizada (art. 1262.3 PMDOC), principio que luego matizaremos;

Si parece presentar algún rasgo más de distinción la Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en la XII Legislatura, ya mencionada anteriormente. En esta propuesta, en el caso del profesional adherente (aunque se habla de empresario adherente) “deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predispuesto del clausulado objeto de impugnación” (propuesta de art. 6.bis.2 LCGC).

Se observa pues que, pese a los pronunciamientos sobre la necesidad de proteger a los pequeños empresarios, éstos parecen tener poco reflejo en las propuestas prelegislativas en cuanto a establecer un régimen diferenciado y menos intenso que el de los consumidores, al menos como propuesta de tratamiento unitario.

⁵⁶⁷ Ya vimos que en las propuestas de **nuevo Código** mercantil, o no se trata la cuestión (PCM 2018) o se excluía en general el control de contenido (PCM 2013).

⁵⁶⁸ En la estela del art. II.-9:405 DCFR y el art. 4.1 de la Directiva 93/13 y el 82.3 del TRLGDCU.

4. Valoración de las propuestas: persistencia de problemas (y alguno nuevo) y falta de adaptación a la situación del adherente profesional

Desde la óptica de las CGC entre profesionales, la principal valoración global de las propuestas prelegislativas españolas es la falta de consideración y adaptación al tráfico mercantil y a las especificidades de la contratación entre empresarios. Las razones que pueden objetarse a la introducción de controles a los contratos con CGC entre empresarios siguen presentes y mayoritariamente sin resolver, salvo que confiemos en que los tribunales fueran capaces de interpretar y solventar, mediante la cláusula de buena fe los muchos y variados problemas que se presentan en el uso de CGC.

Esa valoración tampoco no es, salvo en algún caso concreto, una crítica, porque la cuestión es, como ya nos decía DE CASTRO Y BRAVO, una tarea formidable. Además se lanzan al legislador que se ocupa en general de CGC, una serie de problemas que no son suyos, o solo parcialmente, y donde debería recibir más ayuda de la regulación particular, como veremos luego.

4.1. Las propuestas de control de contenido(la buena fe) y los riesgos de una excesiva influencia del derecho de consumo

Hemos visto que las propuestas realizadas basan sus proposiciones como elemento central en una cláusula general, en concreto la de buena fe y justo equilibrio de posiciones contractuales. Las formas y redacciones tanto de la PMDOC y la PCC-APDC coinciden, como hemos visto, en lo básico (una cláusula general y la exclusión del control de las prestaciones principales objeto del contrato).

Se sigue, por lo tanto, en ambos textos una redacción tradicional, en línea con los Anteproyectos previos a la LCGC, pero muy cercana, a la normativa de los consumidores y usuarios. Se apartan de otras propuestas como la que hemos visto en la DFCR, que establece dos controles diferenciados, que, si bien comparten para su aplicación el requerir una actuación “en contra de las exigencias de la buena fe contractual”, presentan requisitos diferentes según el tipo de adherente. Para los consumidores se requiere “un perjuicio significativo al consumidor” y para el profesional se exige que “se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales”.

Tratar con un concepto general como la buena fe, ya conocido y usado en nuestra normativa y por nuestros tribunales tiene indudables ventajas. Sobre todo permite soslayar,

al menos parcialmente, los riesgos que para la seguridad jurídica implica siempre una cláusula general. Parecería que debe existir una amplia experiencia, que nos permite interpretar cuándo se da la ruptura de la buena fe y el desequilibrio significativo de prestaciones⁵⁶⁹. Decimos que parecería porque pese a su frecuente uso en el ámbito de los consumidores, en la mayoría de los casos la buena fe no es un criterio autónomo, sino que suele servir de colofón a alguno de los supuestos ya previstos en la legislación de consumidores⁵⁷⁰.

Esta misma experiencia es el inconveniente más notable de la propuesta. No podemos olvidar que esa práctica legal, contractual y judicial se ha dado en un contexto concreto, el del derecho de consumo. Este tiene un carácter protector mucho más marcado del que tal vez parezca recomendable a la contratación entre profesionales. Se corre el indudable peligro de exceso de influencia de la normativa de consumo. Como hemos visto en Alemania (donde se sigue el mismo esquema), el riesgo de sobreprotección es real, al menos para la clase empresarial y así lo entiende parte de la doctrina alemana, ya que se llega a proteger a contratantes que tal vez no lo merezcan, como grandes empresas que decidan no negociar el contrato.

A este respecto, la utilización de unos términos distintos, como son los propuestos por el art. II.405 DFCR (apartarse manifiestamente de las buenas prácticas comerciales), tiene en este sentido una clara ventaja. Siendo las bases del análisis que se requieren lo suficientemente diferentes y enraizadas en el mundo empresarial, el riesgo de sobreprotección por la vía de la aplicación del concepto de buena fe parece reducirse, tal vez

⁵⁶⁹ No hay que olvidar que las circunstancias en que se insertara esa cláusula general en España son muy distintas de cuando se produjo esta misma introducción en Alemania. Como ya hemos visto en Alemania, como en Holanda, existía una tradición de aplicación judicial de la cláusula de buena fe en el supuesto de CGC, tanto entre particulares como, especialmente entre profesionales. De cara a facilitar la seguridad jurídica, resultaba más fácil para las partes, a la hora de preparar sus CGC saber cuáles eran los límites a los que debían enfrentarse.

⁵⁷⁰ Señala GONZALEZ PACANOWSKA que “la cláusula general había sido llamada por la doctrina a un desarrollo judicial; sin embargo, no son muchos los supuestos que llegan al TS por lo que no cabe exponer una doctrina consolidada. Por lo que a las Audiencias se refiere, la aplicación práctica no deja de ofrecer connotaciones curiosas. La primera es que la extensa lista de «cláusulas en todo caso abusivas» conlleva que casi cualquier supuesto que la práctica suscita pueda residenciarse en algún lugar tipificado, al que, como colofón, se añade la cita de la cláusula general, sin perjuicio, naturalmente, de su presencia estelar en solitario.” (Cfr. GONZALEZ PACANOWSKA, I. “Capítulo II. Cláusulas abusivas” en *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2015, pp. 967-968).

a lo que sea justo y necesario. Su problema, como ya hemos dicho, es la necesidad de concreción, que no vemos tan fácil, y que corre el riesgo de asimilarse al derecho dispositivo

Por eso, usar, cuando se puede, la misma terminología puede ser más adecuado y hasta favorecedor de la seguridad jurídica. Pero para eso es necesario que introduzcamos las medidas de adaptación suficientes para evitar los riesgos de sobreprotección y falta de adaptación que luego veremos.

En las propuestas hay otras notas positivas junto a la cláusula general, y muy directamente relacionadas con su núcleo, como excluir del control las prestaciones que sean objeto principal del contrato. Es importante la apreciación de las circunstancias que encuadran y dan sentido a la cláusula sujeta a revisión (la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa). Por otro lado, tampoco aparece recogida en ninguna de las dos propuestas la transparencia que tantos problemas ha dado, en los últimos años.

4.2. El derecho dispositivo como elemento de control

La referencia al derecho dispositivo como elemento de referencia para el test que propone el art. 1262.4 PMDOC, aunque sea solo como presunción, y entendiendo que cabe prueba en contrario, nos parece más problemática. La utilización del derecho dispositivo en el contexto del análisis tiene una larga tradición y autoridad en nuestro país de la mano de DE CASTRO Y BRAVO que, ya en su día para las CGC, pedía interpretar el art. 1255 CC, al menos para las CGC, considerando que

“las leyes a las que se refiere no son tan solo las expresa o claramente imperativas, sino también las llamadas dispositivas en cuanto éstas establezcan la regulación normal de las relaciones contractuales y cuyo abandono a favor de uno de los contratantes requiere por ello, en cada caso, su especial justificación”⁵⁷¹.

Los trabajos preparatorios de la LCGC contenían, por influencia de la ABGB (actualmente 307.(2) del BGB), elementos para considerar la abusividad. Así se señalaba como presunción de perjuicio, e ineficacia, las cláusulas que producen “la frustración del fin económico protegido por el ordenamiento jurídico” (art. 8 del AP de 1988) o “el fin económico para el que fue celebrado” (art. 8 del AP de 1984). En ambos el elemento

⁵⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas...”, o.c., p. 1065.

definitorio de la abusividad es la contradicción con el fin económico del contrato, con un elemento más objetivo del fin económico en el AP del 1988 frente a uno más subjetivo del AP de 1988. En el art. 7.1. del AP de 1992 se establecían como presumiblemente abusivas las cláusulas que “injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato o modifiquen los derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza”.

Como vemos la norma relativa al derecho dispositivo en la PMDOC va mucho más allá, y ni siquiera habla de principios esenciales, inspiradores o los que lleven a la frustración del fin económico del contrato. Basta que una cláusula difiera del derecho dispositivo, sin más, para que se presuma abusiva. Los efectos de esta norma, además de excesivamente gravosos, puedan llevar a una fosilización o transformación automática del derecho dispositivo en derecho imperativo, por el mero hecho de estar contenidos en CGC. Habida cuenta de la extensión del uso de las CGC, suponen por lo tanto, de facto, en una transformación muy relevante, con efectos masivos en cuanto a litigación. Es curioso porque es una norma además, que, en sede general de tratamiento de las CGC, va más allá, mucho más allá de lo previsto por la misma norma de protección de consumidores que debería incluir un nivel de protección superior. El hecho de que cuando el legislador adopta una cierta regulación de derecho dispositivo lo haga desde “instancias neutrales”⁵⁷², no parece que deba implicar que esta norma deba aplicarse cuando no hay un grave efecto en el contrato.

En unos casos, el riesgo es que se vacíe totalmente el sentido de ciertas decisiones del legislador y regulaciones ya existentes. Tomemos por ejemplo la normativa de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (la “LAU”) los contratos que suscriba un arrendador profesional de arrendamiento para uso distinto de vivienda (locales comerciales, oficinas, etc.) que no sean necesariamente con profesionales, sí podríamos identificarlos de manera general como contratos con profesionales⁵⁷³. La LAU prevé para los arrendamientos de uso distinto de vivienda que gran parte de su regulación, el Título III en concreto, se aplique solamente en defecto de acuerdo de las partes (“la voluntad de las

⁵⁷² MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 438.

⁵⁷³ Sí cuando su uso sea desarrollar una actividad empresarial o económica “lucrativa”, o incluso auxiliar, como las plazas de garaje para una oficina que se ofrecen a clientes o empleados.

partes”, insiste el art. 4.3. LAU). La experiencia demuestra que una gran parte de los arrendamientos para usos distintos de vivienda (al menos los centros comerciales y edificios de oficinas) se acuerdan a base de contratos que, salvo casos particulares, son fácilmente considerables como contratos con CGC en todo o en parte. La operativa de los propietarios de grandes inmuebles, y en muchos casos de los inquilinos, hace que estos contratos, especialmente en el caso de los centros comerciales, respondan a una serie de contenidos típicos, muchos de los cuales hemos visto que se configuran, al menos indirectamente, no en beneficio del propietario/predisponente, sino también de los otros inquilinos del edificio.

En amplios sectores, las partes no estarían en condiciones de concluir contratos sin que gran parte de ellos se configuren mediante CGC, o resultaría imposible o antieconómico (no es realmente una elección). Cuando el legislador de la LAU estableció el régimen legal, expresamente permisivo y con muy pocas normas de carácter imperativo,⁵⁷⁴ no lo hizo de forma accidental. Fue una decisión meditada como consecuencia de la situación protectora previamente existente que había llevado a importantes disfunciones en el mercado del alquiler, muchas de ellas de carácter antieconómico. Así, la Exposición de Motivos de la LAU señala:

“se opta en relación con los destinados a otros usos [distintos de vivienda] por una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes.

[...]

Este nuevo categorismo se asienta en la idea de conceder medidas de protección al arrendatario sólo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas.

Para ello, en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil.”

En línea con los argumentos de los límites o complementos de la manifestación de la voluntad de los arrendatarios/adherentes, se podría señalar que una nueva regulación que pusiera por delante las normas dispositivas de la LAU sobre lo acordado en unas CGC estaría precisamente dando validez efectiva a la intención de respetar la “voluntad de las partes”.

⁵⁷⁴ Básicamente las únicas normas imperativas son las de la exigencia de fianza (art.36), cuyo beneficiario real son las comunidades autónomas **que**, como depositarias de las fianzas disponen así de una fórmula de financiación gratuita, y las normas de formalización del contrato)

Pensamos que no era esta la intención, porque el legislador de la LAU parece especialmente reticente a la regulación imperativa de los contratos, por razones de experiencia económica. Lo dispuesto en el Título III de la LAU se excluye casi de manera sistemática en toda la contratación de arrendamientos para uso distinto de vivienda. Un cambio de estas características, que hiciera imperativo todo este Título III sin que se modifiquen los elementos esenciales del contrato ni sus equilibrios esenciales, tendría un efecto importante (en particular a la finalización del contrato), con mayores rigideces. Tal vez haya habido en la LAU un exceso de liberalización en su día, como reacción a la anterior legislación sobre esa misma materia, pero los cambios a introducir deberían hacerse de forma meditada y pensando en los delicados equilibrios de funcionamiento, en el momento adecuado de los ciclos inmobiliarios, y no a través de una norma del estilo de la que se propone.

Por último, respecto al otro elemento de la propuesta de la PMDOC, la lista negra de cláusulas abusiva, no vamos a entrar en mucho detalle, ya que requeriría un minucioso análisis punto por punto. Establecer una lista común para adherentes profesionales y consumidores, como es la de la propuesta de la PMDOC es algo que ya se ha intentado en Portugal (y algunos puntos son comunes), y puede tener sentido como modelo de lo que se entiende por causar, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato.

Dado el carácter de propuesta de la PMDOC, no vamos a incidir en estos temas (la lista y la propuesta de consideración del derecho dispositivo, sin matices, como no excluible por CGC). Este último aspecto es probablemente, desde el punto de vista de la contratación entre profesionales, el más preocupante de la PMDOC en nuestra opinión.

4.3. Escasa adaptación a la diferente situación del adherente profesional

Desde la perspectiva que estamos abordando de las CGC entre profesionales la mayor crítica que podría hacerse a las propuestas analizadas, en concreto a la PMDOC y a las PCC-APDC, es la poca atención que se presta en todas ellas a las peculiaridades del tráfico entre empresarios con CGC.

Lo que podía entenderse en los anteproyectos previos a la LCGC (que, por cierto, daban en ocasiones un tratamiento más adaptado en algunos puntos), parece no tan entendible en la actualidad, en particular a la vista de las experiencias en otros países, y las mismas propuestas del DCFR. No parece que ninguna de las propuestas, especialmente la

PMDOC busquen una forma de entendimiento o compromiso, ni se aproximen demasiado a las razones contrarias a la introducción de controles. Parece que haya primado más el deseo de mantener un régimen unitario del concepto que intentar un tratamiento más práctico de la materia y de los legítimos argumentos de los que se oponen.

La única referencia real a las peculiaridades del tráfico mercantil sería la batalla de formularios en el art. 1252 PMDOC y en el art. 522-12 PCC-APDC . lo que nos sirve como ejemplo interesante para entender el auténtico proceso de contratación con CGC entre empresarios y las dificultades del mismo, como luego veremos.

Además, el tratamiento unitario no deja de ser ilusorio, habida cuenta en realidad, de la remisión en ambos textos a la legislación propia de los consumidores para el tratamiento de las CGC que afecten a consumidores. Tanto la PMDOC como la PCC-APDC formulan un régimen teóricamente unitario, pero que en la práctica, respecto al núcleo que es el control de contenido, se aplica solo a los profesionales (pues para los consumidores se aplican sus normas propias).

Desde este punto de vista, cobra sentido lo que preveía de alguna forma el PCM 2013 (aunque no lo decía expresamente) separando completamente el régimen de las CGC en dos categorías. (aunque no se esté de acuerdo en la decisión respecto al tratamiento de la cuestión del control de contenido). Por un lado para los consumidores, las CGC estarían reguladas por el TRLGDCU, bajo el termino de cláusulas no negociadas individualmente (que casi en su totalidad corresponde a las CGC). Dado que esta norma ya tiene el grueso de la regulación en lo previsto en la Directiva 93/13, tan solo habría que añadir, tal vez, los requisitos de inclusión, como ya propuso en su día ALFARO AGUILA-REAL⁵⁷⁵ y reconocía la doctrina. Por otro lado, habría que introducir una normativa propia de CGC entre profesionales con los controles que se consideraran pertinentes. Lo relevante en este caso, es que se podrían añadir las especificaciones propias del tráfico mercantil, tanto para los controles de contenido como para los de incorporación⁵⁷⁶ o para la transparencia. Obviamente esto

⁵⁷⁵ ALFARO AGUILA REAL, J. “El proyecto...”, o.c., pp. 886-902,

⁵⁷⁶ Como reconoce la doctrina que ha analizado los requisitos de incorporación (regulados en este art. 5 LCGC y además en el art. 7 LCGC), su formulación no es muy afortunada: por la doble regulación de la materia en dos artículos distintos, su incorrecta redacción (por ejemplo, no parece claro si la firma se refiere solo al contrato o también a las CGC), su falta de coordinación con otra normativa, por los problemas que se plantean por la aceptación de unas CGC que se presentan documentalmente separadas

supondría la ruptura de la unidad de tratamiento del fenómeno de las CGC (que de todas formas es el régimen actual) pero puede ofrecer un tratamiento más ajustado a las diferentes necesidades del tráfico entre profesionales y con consumidores.

5. Otros problemas a los que se enfrenta la regulación de CGC

Además de los retos propios de la cuestión de las CGC, y por si no fueran suficientes los problemas que surgen, resulta difícil no caer en la tentación de intentar solucionar mediante las normas generales de CGC problemas diferentes. Hay comportamientos y contenidos contractuales que, si bien tratan igualmente de explotar una situación de desequilibrio en la contratación, no deberían ser, o al menos solo subsidiariamente, problemas de CGC. Así ya hemos mencionado repetidamente los problemas resultantes de situaciones de abuso de posición dominante o de situación de dependencia económica, cuando no de otras prácticas colusorias como cárteles. Igualmente cuando hay situaciones que bordean formas clásicas de la explotación de los vicios de la voluntad, como el engaño, el error y la violencia en la contratación, por más que estas se vistan como contratos con CGC. Es decir, hay que distinguir la “imposición en la contratación propia de las CGC de las “ofertas que no se pueden rechazar”, al modo del padrino, D. Vito Corleone.

La segunda dificultad es intentar resolver mediante una normativa de contratación con CGC problemas que el legislador no ha sabido o no ha querido resolver cuando ha tenido ocasión, como los contratos de distribución comercial entre otros muchos, o problemas más específicos que sean generalizados en la contratación. Aquí sí se puede hablar de problemas propios de las CGC, pero sería mucho más fácil que su tratamiento se hiciera para una normativa concreta, la normativa para los diferentes tipos de contrato, y si no es así debe quedar muy claro teniendo en cuenta que la mayoría de los contratos están suscritos bajo CGC.

Regular bien estas materias ofrecería soluciones más ajustadas a los problemas (de CGC y otros que influyan en ellos) y, sobre todo, crearía un marco mucho más seguro para esos sectores de la contratación o problemas específicos. Una revisión de algunas normas que, sobre determinados contratos mercantiles suscritos mayoritariamente bajo CGC se han aprobado o propuesto en los últimos años, nos muestra en cambio todo lo contrario. En

del contrato principal se hace precisamente mediante una CGC incorporada a esa parte principal del contrato, etc. (Véase, por todos ellos ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección...*, o.c., pp. 128-130).

muchas ocasiones no se han regulado, o se han propuesto regular, los contratos de una manera mínimamente completa. Al renunciar a tratar en muchos casos cuestiones sustantivas que busquen un cierto equilibrio entre los sectores e intereses en juego, se está remitiendo a la normativa general de contratos la regulación de los problemas que surjan. Si se introdujera un control de contenido mediante la cláusula general de buena fe, sin más regulación ni tratamiento de esa materia contractual, le estaríamos pidiendo a los jueces que decidan como regular estas relaciones. Serán estos los que con su jurisprudencia tendrían que asumir una responsabilidad de ir decidiendo de manera casuística cuestiones que hubiera sido mejor que hubiera regulado el legislador, por ejemplo a través de una normativa reguladora de la distribución comercial, por mejores o peores motivos, lleva aparcada desde hace casi 10 años⁵⁷⁷.

Esta actividad actual de los tribunales se multiplicaría, con riesgo de excesos de control como parecen quejarse en Alemania, si damos a los jueces el control material de las CGC, únicamente con medidas transversales (sea la cláusula general de buena fe sola o en compañía de otras). En el contexto de propuestas generales como las que consideramos de regular el derecho y la práctica de los contratos actuales, deberían ser las normas de cada tipo de contratos las que nos den una regulación sustantiva. Estas regulaciones tienen que realizarse sabiendo que la mayoría de estos contratos se firman bajo CGC. Así, se podrá distinguir en cada caso, o ayudar a los tribunales, a distinguir donde está la buena fe que no se debe traspasar y dónde, aunque estemos ante CGC, caben opciones legítimas de regulación y se podrán evitar problemas en torno al derecho dispositivo que luego veremos.

Un buen ejemplo, con todas las críticas que se le puedan realizar, es la Ley 3/2004. Sea o no un tema de CGC, la norma trataba de poner fin al gravísimo inconveniente que para los profesionales es la morosidad en las operaciones comerciales (especialmente por las Administraciones Públicas, como es bien sabido). O, lo mismo cabe decir, como ya vimos, de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia también antes mencionada. Parece que, estos ejemplos son muestra, que el legislador solo aborda estos tratamientos con profundidad por las razones y cálculos que sea cuando se ve impelido a ello por la existencia de normas comunitarias en las que no tiene otra opción que intervenir. Pero el legislador

⁵⁷⁷ Así, por ejemplo, en 2011 (24 de julio) se había aprobado por el Gobierno un, muy criticado, Proyecto de Ley de contratos de distribución comercial.

europeo parece estar dispuesto a dar respuestas a los problemas de justicia material de las relaciones y se ha producido, bajo la Primera Directiva de Morosidad, un “cambio de rumbo”, por parte del legislador comunitario, pues este ya ni se limita el control a las CGC (pues incluye los pactos negociados), ni al sujeto consumidor, pues abarca igualmente los contratos entre profesionales⁵⁷⁸.

Sirva este lamento, compartido por muchos y que está en la base de las propuestas de modificación tanto desde el ámbito civil como del mercantil, de introducción para nuestra revisión de las propuestas realizadas. Lo haremos dejando para el final de nuestra aportación la cuestión clave, introducir controles o no, porque la respuesta no puede darse en vacío, hay que saber qué controles.

⁵⁷⁸ PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35*, Ed. Thomson Civitas, 2006, p. 265.

CAPÍTULO 9: A MODO DE CONCLUSIÓN. PROPUESTAS DE TRATAMIENTO. LA BUENA FE DEL ADHERENTE COMO FACTOR MODERADOR Y OTRAS PROPUESTAS

1. Necesidad de un compromiso. Los riesgos de no dar ningún tratamiento también son relevantes

El tratamiento que la LCGC hace de las CGC entre profesionales fue en su día, y sigue siendo, una opción legítima que en su día decidió primar la estabilidad de los contratos entre profesionales. Se prefirió la seguridad del tráfico mercantil sobre la búsqueda de una mayor justicia material. No se trataba de una situación tan única como podía parecer, y otros países como Italia, Inglaterra, Suiza, Polonia, República Checa carecen igualmente de normas de control del contenido en las CGC entre profesionales de carácter general. Lo insólito es que para ello usara una ley de CGC como es la LCGC española, pero esa es una cuestión diferente.

Esta decisión se tomó sin demasiado debate parlamentario, y contra el criterio de los trabajos preparatorios existentes y de la casi totalidad de la doctrina (al menos la que se manifestó públicamente sobre el tema). Sin embargo, los argumentos contrarios a una regulación de este estilo, aunque no suelen defenderse excesivamente, existen y siguen ahí. De hecho nuestros tribunales --más el Tribunal Supremo que las Audiencias Provinciales-- han respetado no solo la letra de la LCGC respecto a la contratación entre profesionales, sino también su espíritu y declarada intención. Los argumentos presentados por la doctrina, partiendo de las propias sugerencias de la EM de la LCGC de acudir a otros principios generales no han cristalizado -- al menos aun no, aunque parecen estar cerca-- en una interpretación más amplia de otros principios de nuestro Código Civil que sirvan como elemento de control. Ocasiones no faltan ni tampoco quienes están dispuestos a explotar de forma masiva cualquier posibilidad que el Tribunal Supremo, abra para controlar los muchos y muy importantes contratos suscritos mediante CGC cada día en el tráfico empresarial.

Las propuestas de regulación actualmente sobre la mesa, eliminadas ya las previsiones continuistas del PCM 2013, están redactadas con la mejor intención de mantener un régimen unificado de la categoría de CGC, pero en nuestra opinión no ofrecen una solución satisfactoria, como señalamos en el Capítulo anterior.

Estas propuestas, aunque lo intentan, no mantienen realmente un régimen unificado para todo tipo de adherentes, pues el grueso de los controles de contenido en las CGC entre consumidores sigue estando regulado por la legislación de consumo (bajo el paraguas del concepto de cláusulas no negociadas individualmente).

En nuestra opinión, hay que hacer un gran esfuerzo por acercar posiciones. La aplicación de controles de contenido a las CGC empresariales necesita de un cierto compromiso. Entre la situación actual de ausencia de controles y las propuestas de tratamiento global de las CGC entre profesionales con una cláusula general de buena fe (o peor con la imposición del derecho dispositivo que así devendría imperativo), hay un espacio intermedio. Se trata de evitar pasar de “un sistema legal imperfecto, injusto y nada satisfactorio para el adherente que sea empresario”⁵⁷⁹ a una normativa que nos pueda llevar a excesos de intervención, en que se les da protección a grandes empresas casi como si fueran consumidores, como ha ocurrido en Alemania.

Hemos visto como se ha iniciado a diversos niveles, en especial del legislador comunitario, un giro para intervenir más en profundidad en las relaciones entre empresarios, pero al mismo tiempo se percibe como los problemas que se dan en estas muchas veces no tienen que ver, al menos directamente, con las CGC, aunque suelen manifestarse en ellas. Son problemas más bien de desequilibrios de fondo en la relación contractual que pueden manifestarse tanto en CGC como en cláusulas negociadas. En capítulos anteriores hemos visto que la posición de los pequeños empresarios, especialmente los empresarios individuales y también las empresas de menor tamaño son las que generalmente más se perciben como necesitados de protección cuando contratan con grandes empresas. Estos adherentes reciben un tratamiento muy distinto al de los consumidores basándose en su posición particular (propósito comercial, mayor diligencia debida) y capacidades (capacidad de entender mejor las implicaciones de los controles, de asumir los riesgos, etc.) que en muchas ocasiones son más teóricas que prácticas. Se ve en general con buenos ojos que estos adherentes tengan “algún nivel de protección”. Sin embargo, al mismo tiempo identificar a

⁵⁷⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2017, p. 3.

ese grupo digno de protección mediante criterios cuantitativos (número de empleados, volumen de negocios, etc.) crea nuevos problemas.

Hay pues que encontrar y plasmar en el ámbito de las CGC entre un nuevo equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica que proporciona el principio de estabilidad de los contratos y encontrar un compromiso intermedio entre las dos posturas. Está claro que el contrato no puede hoy ser el mismo que el modelo ideal que tenían los legisladores en mente cuando se aprobaron las normas de los códigos del s. XIX. Así lo han ido reconociendo las reformas profundas de algunos de estos códigos en los últimos años y lo reconoce nuestra doctrina. El problema es que luego esto no parece traducirse de manera satisfactoria en las propuestas que hemos visto, y que acaban tratando a todos los empresarios adherentes de la misma forma.

Desgraciadamente es una labor que no admite mucha espera. Ello no tanto por tratar casos a futuro, sino porque los problemas presentes derivados de la masiva litigación relacionada con productos financieros pueden acabar haciendo que sean los tribunales quienes, a través de sus sentencias, acaben creando las normas que el legislador no ofrece.

La diferente regulación del control del contenido de las CGC entre profesionales y consumidores ha ocasionado un fuerte contraste en el tratamiento que se ofrece a unos y a otros para los problemas derivados de la contratación financiera, y en concreto en el caso de los préstamos (tipos de interés, comisiones y gastos, etc.). Si revisamos las sentencias de nuestro Alto Tribunal de los últimos años sobre CGC donde el adherente no es consumidor, vemos que han sido dictadas mayoritariamente, cuando no exclusivamente, en pleitos relacionados con la contratación bancaria. Hay que reconocer que lo mismo ha ocurrido con las decisiones judiciales sobre contratación entre consumidores, que han tenido como objeto, en la mayoría de los casos, conflictos derivados de la contratación de productos bancarios. Pero el contraste del tratamiento dado a cada una de las categorías de adherentes, no se debe solo a la ausencia de controles entre los profesionales, sino a la generosa protección que han recibido los consumidores, especialmente con la ayuda de la interpretación que el TJUE ha realizado de la Directiva 93/13. Esta diferencia ha puesto de manifiesto el abismo que separa ambos tratamientos en un tema tan económicamente sensible (porque tiene una valoración económica fácil y directa), y ha llevado a muchos a preguntarse por qué un autónomo recibe un tratamiento tan diferente si ha pedido un préstamo para su uso personal (por ej., para

comprar una casa) o para su uso profesional (por ej., comprar el local en que desarrolla su negocio). La duda es comprensible pero su resolución requiere que el jurista, cumpliendo su función, distinga los casos con cuidado, que es lo que hemos intentado hacer en este trabajo.

Si todo esto no se hace, la presión seguirá subiendo y acabará desbordándose por alguna vía jurisprudencial que reinterprete el art. 1255 CC o más probablemente el 1258 CC. Ya hemos visto cómo se abre una vía a través de la idea de un cierto “abuso de posición contractual dominante”, que aún tenemos que comprender mejor, pero que no sólo nos da una pista de por dónde pueden ir las cosas, sino también de algunas posibles soluciones.

Es en ese contexto donde planteamos las propuestas de este capítulo de cierre de este estudio. Intentamos añadir algún elemento al debate, recogiendo algunas de las ideas ya esbozadas a lo largo del trabajo.

2. Propuesta de *lege ferenda*: tratamiento por la normativa especial y la buena fe de ambas partes como cláusula de cierre

El tratamiento tradicional de las CGC, la “ley típica” de CGC, consistía en la introducción de una norma de carácter transversal aplicable a todos los contratos por igual, que nos señalara los efectos que el uso de CGC debía tener en cualquier contrato - independientemente de la categoría a la que perteneciese el adherente- Esa norma transversal debería ocuparse de la regulación de los pactos contractuales, introduciendo controles de incorporación, reglas de interpretación, controles de contenido, y la posibilidad de acciones colectivas. Esta forma era la lógica en un sistema (el de los códigos decimonónicos) ya establecido y en plena operación, cuyas bases se habían visto trastocadas por los cambios económicos, sociales y de aumento exponencial de la documentación contractual experimentados a lo largo del s. XX. Se confiaba en una cláusula general que debía luego irse adaptando caso por caso por los tribunales.

Aunque con sus fallos ocasionales, esta es una técnica que funciona bien en la contratación con consumidores donde los problemas que suelen darse en el ámbito contractual son mucho más parecidos. Los consumidores son el eslabón final de la cadena de producción de bienes y servicios y generalmente se encuentran respecto del predisponente profesional en una posición de inferioridad. Por ello es más fácil identificar sus necesidades y también establecer formas de protección. Además, no olvidemos que la protección a los consumidores no se da exclusivamente en relación a las cláusulas abusivas, sino que esta es

solo un aspecto de la misma. Hay normas propias que tratan de otros problemas relacionados con las técnicas de comercialización de los bienes o servicios (por ejemplo, la relativa a la venta fuera de los establecimientos mercantiles) u otra normativa relacionada con problemas que pueden no ser contractuales (así, la responsabilidad por productos defectuosos).

En la contratación entre profesionales la relación contractual es más compleja por la variedad de situaciones y posiciones relativas (no se puede por ejemplo identificar sistemáticamente al predisponente con el oferente de los bienes o servicios). Los contextos concretos de los diferentes tipos de contratos y relaciones entre empresarios en cada sector económico (estructuras de producción y distribución, tipo de participantes, y relaciones entre ellos) son poco proclives a una homogeneización, más sencilla en el caso de los consumidores. Además, al igual que sucede con los consumidores, concurren elementos fuera de la propia relación contractual que hay que considerar caso por caso, tales como las relaciones de dominio o dependencia, los intereses a largo plazo de las partes, o la posible existencia de intereses de terceros afectados con una regulación bilateral.

Regular la materia mediante una cláusula general y esperar que las partes se autorregulen (con un criterio tan amplio), y pedir a los tribunales que vayan distinguiendo caso por caso las CGC ajustadas a la buena fe es poco eficiente. Esta situación no solo nos aboca a un alto índice de litigiosidad, y falta de seguridad jurídica, sino que es delegar en el sistema judicial una tarea que debe ser del legislador. Es este quien debe establecer en la legislación cuales tienen que ser los equilibrios y compromisos que en cada tipo de contrato o cláusulas son posibles. Debe hacerlo asumiendo que la mayoría de los contratos entre profesionales, o una parte importante de ellos, se firman en unas condiciones que no son en muchos casos de igualdad económica real, ni de posición de negociación, ni conocimientos sobre los riesgos, y que eso suele manifestarse en el uso de CGC, aunque también pueda ocurrir en contratos negociados.

La labor principal de hacer las distinciones pertinentes debe pues recaer en el legislador, y no en los jueces. A estos se les debe reservar la ocasión, esta vez sí mediante normas generales, de aplicar las normas a supuestos nuevos o a detalles no previstos, pero no de rescribir toda nuestra normativa solo porque los contratos se estén firmando hoy de una forma distinta, mediante CGC, que en el s. XIX.

Por lo tanto, nuestra propuesta de *lege ferenda* de tratamiento de CGC se basa en dos principios:

- a) Tratamiento principal mediante las normas especiales de los tipos contractuales y cláusulas generales, que tenga en cuenta que en muchas ocasiones, según el sector, estas se van a formalizar mediante CGC. El legislador tendrá que establecer los límites (absolutos o relativos) que en cada tipo de contrato deben tener las CGC o las cláusulas negociadas. Se trata de establecer una lista de cláusulas que sean ejemplo de la práctica contractual aceptables en cada tipo de contrato que se regule, como el art. 3 LCS ⁵⁸⁰; y
- b) Como cláusula de cierre (para los supuestos no regulados) reforzar cuando concurren CGC la exigencia de comportamiento de buena fe de las partes, de ambas partes, que ya existe en nuestro Derecho y que se amplía en las propuestas antes consideradas⁵⁸¹. La buena fe del predisponente se dará al establecer las CGC, en la forma tradicional de tratamiento de la cuestión y de forma análoga a la legislación de consumidores. La buena fe del adherente profesional será distinta y debe tratar de reflejar el cumplimiento de los deberes que se entiende socialmente que concurren en el adherente profesional, como empresario (entendido el concepto de forma amplia), y que son consecuencia de esta misma posición. Debe consistir en un ejercicio de responsabilidad y diligencia al aproximarse al contrato, teniendo en cuenta, y por lo tanto de modo proporcional, sus características y recursos personales, la relevancia del contrato que se va a suscribir y el resto de las circunstancias que concurren en ese contrato en particular. Pasaremos a continuación a desarrollar y justificar la propuesta,

⁵⁸⁰ “Artículo tercero. Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.[...]”

⁵⁸¹ Esta obligación de buena fe tal vez debería recogerse expresamente también en los tratos previos puesto que el Código hoy no lo recoge. Por ejemplo en la PCC-APDC el art 511-2 en la parte general de las obligaciones se habla de la obligación de acreedor y deudor de cooperar entre si para el cumplimiento de la PCC-APDC se expone sobre la buena fe en la negociación de los contratos, aunque ciertamente hay algunas referencias a consumidores

especialmente en lo relativo a la aplicación de la cláusula de buena fe del adherente.

3. La regulación individual de los tipos de contratos y cláusulas específicas como forma principal de tratamiento de los problemas de las CGC entre profesionales

Hemos señalado que, en nuestra propuesta personal, el tratamiento de los contratos entre profesionales que contengan CGC debe hacerse, de manera preferente y principal, por la normativa propia de cada tipo de contrato. De esta forma se estarán tomando en consideración los equilibrios y circunstancias que concurran en cada tipo de contratos, así como las prácticas, buenas y malas, propias del tipo y sectores. Se puede señalar que eso supone diluir la disciplina de las CGC, que pasa a integrarse en cada normativa especial, pero lo importante es resolver los problemas que se plantean con el uso de CGC. Así también pueden abordarse otras cuestiones con las que a menudo se confunden, como son en general todas las situaciones de falta de equilibrio real entre las partes a la hora de pactar (de forma negociada o no) el contenido de una relación contractual.

Lo que en otro momento podría parecer un mero *desiderátum* o intención llena de buena voluntad, no lo es sin embargo en este momento, que es el más oportuno para llevarlo a cabo. La revisión y actualización de nuestro derecho de contratos, civil y mercantil (tanto español como europeo) que se está planteando en estos últimos años genera un marco idóneo para regular la contratación entre profesionales bajo CGC adaptado a cada tipo contractual. Hay que aprovechar esta ocasión para realizar un tratamiento de la cuestión diferente al que hemos visto tradicionalmente.

Al igual que las CGC están presentes en la práctica totalidad de la contratación entre profesionales, la regulación de cada tipo de contrato, o de estipulaciones, debería considerar la existencia de CGC. Lo que podía ignorarse por los legisladores decimonónicos, porque en ese momento aún no había explotado el uso masivo de CGC, no es entendible en las propuestas de reforma actuales y los redactores de los futuros códigos deben ir más allá en la labor de considerar los equilibrios y situaciones propios de cada tipo de contrato.

Cuando se van a regular determinados tipos contractuales, que de forma habitual o exclusiva se celebran al amparo de CGC, no se puede obviar este hecho. En los contratos que pueden implicar pactos o prácticas abusivas, el legislador tiene que asumir la tarea de concretar el equilibrio de mayor justicia en las relaciones contractuales manteniendo el

principio de seguridad jurídica que garantiza el principio de estabilidad de los contratos, o al menos de dar indicaciones más precisas, mediante el uso del derecho imperativo cuando sea necesario.

Se pueden establecer en este contexto cláusulas especiales para la contratación bajo CGC (al estilo de las listas negras y grises). En el DFCR hemos visto algunos ejemplos en esta dirección, pocos, pero que nos sirven para ver cómo creemos que habría que proceder (aunque con un matiz importante que luego veremos). Por ejemplo, en las reglas del depósito, en el art. IV.C.–5:109 DFCR se prevé que:

“En los contratos entre empresarios o profesionales, se presume que las cláusulas que limiten al valor del bien la responsabilidad del depositario en caso de incumplimiento son justas a los efectos del Artículo 9:405 (Significado de «abusivo» en contratos entre empresarios) del Libro II, salvo en el caso de que limite la responsabilidad por los daños causados intencionadamente o por conducta gravemente negligente por parte del depositario o tercero de cuyos actos deba responder éste”⁵⁸².

Es una labor ciertamente engorrosa y no en todas las ocasiones será posible llevarla a cabo. Lo que no se puede hacer es realizar esta tarea a medias, como hemos visto que en ocasiones hace nuestro legislador. Por ejemplo, en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución de 2011 se remitía sin más a la normativa de CGC (lo que además de una obviedad suponía un engaño, dada la ausencia de tratamiento de la cuestión de fondo). Tampoco se puede regular las CGC como hacía el art. 9.3. de la LMOC, como si las CGC no fueran cláusulas contractuales. Solo tiene sentido regular las CGC de manera separada si se les va a dar un tratamiento diferente. El legislador debe disciplinar la práctica contractual en torno a ese tipo, se de este mediante contratos generalmente negociados, mediante CGC, o en situaciones de desequilibrio (negocial, de información, etc.).

Decíamos que hay una diferencia importante en nuestra propuesta respecto al ejemplo de la DFCR, y es la ausencia de una regla general de la que las demás se consideran concreciones o excepciones. Para nosotros la cláusula general debe ser una cláusula de cierre, de carácter subsidiario, que se aplicaría en caso de ausencia de tratamiento de una materia. La forma más clara de ver la diferencia está precisamente en el problema del derecho dispositivo, tan unido por nuestra doctrina (especialmente DE CASTRO Y BRAVO

⁵⁸² Similares estipulaciones hay en el art. IV.C.–6:107 DFCR respecto al contrato de diseño y art. IV.C.–4:108 respecto a los contratos de procesamiento.

y ALFARO AGUILA-REAL) a la materia de las CGC. Esta postura era lógica con un marco legislativo como el existente en ese momento, los códigos decimonónicos, que no habían tenido en cuenta el fenómeno de las CGC a la hora de regular los diferentes tipos de contratos porque en ese momento su uso aun no era habitual. Hoy en día, si el legislador de un concreto tipo contractual, por ejemplo, los contratos de distribución, establece normas de derecho dispositivo no puede ignorar que estos contratos se van a formalizar en todo o gran parte mediante CGC. Si el legislador acepta por lo tanto que las partes acuerden desviarse de las normas de derecho dispositivo que se establezcan, debe aceptarse (salvo que no confiemos en el legislador) que esta desviación va a hacerse generalmente mediante CGC. Estas serán válidas, salvo que se diga expresamente otra cosa, mediante una norma especial. Dichas reglas pueden ser de carácter general (para cualquier tipo de cláusulas), y a su vez aplicarse en cualquier caso (cláusula negra) como en el art. 7.2. de la segunda Directiva de Morosidad (prohibición de exclusión del interés de demora) y como presunción de nulidad salvo justificación (cláusula gris), como en el art. 7.3 de la segunda Directiva de Morosidad (presunción de abusividad de la exclusión de la compensación por los costes de cobro). Cabe también establecer normas imperativas (absolutas o relativas) diferentes para los contratos negociados y para aquellos con CGC (como por ejemplo se hace en el art. 54 LEC con respecto a las cláusulas de sumisión a fuero).

Esta intervención dirigida --que prohíba lo que es abusivo, y regule lo que sí o no se puede pactar bajo CGC—reduciría la presión de recurrir a normas generales para todas las CGC.

Se podrán establecer de forma apropiada no solo los supuestos en que se condicione, limite o restrinja la libertad de las partes de pactar determinadas cuestiones bajo CGC, sino también las consecuencias que se generen por dicho incumplimiento. Mientras que en el ámbito de las CGC entre consumidores la consecuencia de la abusividad es, sin discusión, la nulidad absoluta (por su carácter ejemplificador y disciplinador del mercado), en el ámbito de la contratación entre profesionales, y más para tipos concretos, las consecuencias pueden ser diferentes y tal vez pudiera aplicarse cierta moderación.

Como crítica (entre otras muchas posibles) a esta propuesta de regular de forma principal los problemas de CGC entre profesionales, se puede argumentar que la ausencia de una teoría o principios generales de CGC que se “concretice” en cada contrato puede

conllevar sus propios riesgos. Se pueden, por ejemplo, producir entendimientos muy distintos del tratamiento a dar a las CGC y de la intensidad de los controles de estas en los distintos tipos de contrato. En algunos casos estos controles estarán justificados por las diferencias propias del tipo de contrato y del sector al que resulten aplicables. En otros supuestos sin embargo, pueden darse diferencias en el tratamiento individual que no estén justificadas por una diferencia real en las situaciones y contextos subyacentes. Por lo tanto, esta fórmula requeriría extremar la coordinación en el proceso de redacción entre la regulación de las distintas materias para asegurar un máximo de coherencia.

4. La buena fe de ambas partes como cláusula de cierre. Especial referencia a la buena fe del adherente

4.1. Cláusula de cierre y buena fe del predisponente

La regulación positiva de algunos tipos contractuales, o tipo de cláusulas tiene sus límites, como nos recordaba la “la pérdida de vigor, que no de vigencia”⁵⁸³ de nuestros códigos, a la que se hacía referencia en la Exposición de motivos del PCM 2013. Por mucho que se intente, es imposible regular todos los supuestos que se dan en la práctica. Además, es normal que con el tiempo surjan nuevas realidades y prácticas, a las que el legislador habrá de dar solución adecuada.

Para este tipo de situaciones deben establecerse reglas generales que se apliquen en ausencia de la regulación específica para cada tipo de contrato o materia. Se trata pues de establecer una cláusula de cierre que funcione como norma supletoria, aplicable solo en ausencia de tratamiento de una materia, esto es para el caso de una laguna normativa.

Para ello nuestra propuesta se basa en aceptar las normas generales normalmente propuestas para las CGC, entre ellas la exigencia de buena fe por parte del predisponente, que debe actuar como límite a su capacidad de establecer una regulación unilateral de todo o parte del contrato mediante las CGC.

Como hemos visto de forma repetida en este trabajo, tanto desde el ámbito doctrinal como desde la experiencia del derecho comparado, la atención se centra en la actividad y características del predisponente. Es este quien redacta e impone las CGC, beneficiándose de la ventaja que supone poder repartir los costes asociados a la preparación de las CGC

⁵⁸³ PCM 2013, Exposición de Motivos I-5, párrafo primero.

entre la generalidad de los contratos a los que se impone. Son las asimetrías de poder de negociación o de la información de la que estos que disponen las que justifican, de una u otra manera, la existencia de controles de contenido. Lo relevante es cómo actúa el predisponente: si abusa de la buena fe, y si con su actuación se produce una distribución de derechos y obligaciones no equilibrada (sistema alemán), o si se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales (DFCR). No vamos a insistir en estos requisitos por parte del predisponente, ya que consideramos que aunque son relevantes ya han sido suficientemente expuestos por la doctrina repetidamente citada (DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, PAGADOR LOPEZ, ALFARO AGUILA-REAL, ALBIEZ DOHRMANN, MATO MACIN, etc.). Nuestra propuesta difiere de las anteriores en que añade como elemento relevante el tomar en cuenta la posición del adherente.

Como ya hace nuestro artículo 1258 CC la buena fe se predica de ambas partes. No se discute que en el ámbito de las CGC el predisponente tenga la principal responsabilidad respecto a su contenido. Pero en el contexto de la contratación entre profesionales, no parece aceptable, sin más, que los adherentes se refugien en una actitud meramente pasiva, ignorando que por sus propias características, tienen, o pueden tener, una situación diferente al consumidor. Es por eso que creemos que al adherente profesional se le debe exigir un comportamiento de buena fe, incluso diligente, acorde y proporcional a las circunstancias que concurran en cada caso.

La apreciación de abusividad (si es que este es el término que se quiere usar) requeriría tres condiciones. La primera, encontrarnos ante una laguna legal, es decir un supuesto no previsto en la normativa. La segunda condición, seguiría las formas habituales de las normas típicas de CGC, esto es, el incumplimiento de esos deberes de buena fe del predisponente que generaran un desequilibrio importante de las obligaciones entre las partes. La tercera sería que el adherente haya actuado de buena fe, como luego veremos en más detalle.

4.2. Especial relevancia de las circunstancias del adherente. La buena fe del adherente como factor diferencial de la contratación entre profesionales.

4.2.1. Relevancia de las circunstancias del adherente

Desde uno de los fundamentos del control del contenido de las CGC se atendía principalmente a la unilateralidad del predisponente, y por lo tanto se consideraba que las

características del adherente no eran relevantes. Este era el fundamento dominante en la doctrina alemana, que tanto influencia ha tenido en España, pero que como se reconocía estaba muy ligado a la regulación positiva adoptada en ese país⁵⁸⁴. En realidad, las características del adherente sí se tienen en consideración, pero solo si es consumidor⁵⁸⁵.

Se puede establecer así una regla de tratamiento diferenciado para CGC, distinta respecto de los límites generales de los contratos negociados (todo ello siempre, como decíamos en ausencia de una normativa expresa). Esta regla se aplicaría solo en situaciones en que se considera que el adherente está en una situación de inferioridad y no tiene la posibilidad u obligación de asumir las consecuencias de un comportamiento contrario a la buena fe del predisponente.

Como hemos visto en los sistemas holandés y australiano, el estándar de control parte de un presunto comportamiento “inadecuado” del predisponente, pero este se tiene en cuenta frente a ciertos profesionales que se considera que merecen protección (pequeños, o medianos) y no frente a otros que no la precisan. Estos últimos se entiende que por su tamaño pueden negociar el contrato o asumir las consecuencias de la falta de negociación. Como recordaremos, en el caso australiano se excluyen también de protección los contratos de cuantías superiores a un cierto importe⁵⁸⁶ porque se piensa que para negocios de tal relevancia el adherente debe realizar un ejercicio de responsabilidad especial a la hora de contratar (incluida la decisión de no contratar o de pedir asesoramiento).

Obviamente si se fundamentan los controles en la capacidad de redactar de manera unilateral el contrato, como ocurre en Alemania, se llega a resultados explicables desde ese punto de vista, pero no desde otros diferentes. Según el sistema alemán, las grandes empresas se pueden beneficiar de una protección por abusividad de una cláusula si deciden optar por no ejercer su poder de negociación. Esta consecuencia puede resultar eficiente desde el punto de vista económico del conjunto de intercambios⁵⁸⁷, pero a muchos juristas les resulta

⁵⁸⁴ ULMER, P. y HABERSACK, M., “*Einbeziehung..*“, o.c., p. 23.

⁵⁸⁵ En el contexto europeo la relevancia del carácter subjetivo entra en juego a través de las normas nacionales de implementación de la Directiva 93/13, los principios de protección del consumidor generales de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13, especialmente la de los últimos años. A quienes en realidad no se tiene en cuenta es a los adherentes profesionales.

⁵⁸⁶ Aprox. 180.000 € o si el contrato tiene una duración de más de 12 meses y el precio inicial pagadero bajo el contrato no excede de aprox. 600.500 €.

⁵⁸⁷ Los resultados del conjunto de operaciones en el mercado presentan un matiz positivo (por ejemplo, los gastos de hacer valer la abusividad), porque los mayores costes en algunos casos se ven compensados

complicado entender, tanto teóricamente como de forma práctica, que la gran empresa sea acreedora del mismo trato que el que recibiría al respecto el pequeño profesional autónomo o un consumidor.

Se trata de dar protección solo en los casos en que realmente (a) esta sea apropiada en cuanto al conjunto de elementos de la relación (predisponente, adherente, contrato y contexto) y (b) esté causada realmente por el uso de la técnica contractual con CGC y no por otras circunstancias que se manifiesten a través de CGC (como supuestos de abuso de posición dominante).

Al final se trata de encontrar una forma de excluir del control de contenido situaciones que estimamos que no lo merecen y ser consecuentes con los principios que se enuncian para justificar la ampliación del control a los adherentes profesionales. Las referencias que vimos en los DFCR a las “prácticas comerciales” y en el derecho alemán a los “usos y prácticas del comercio”, son un paso en esa dirección, pero aún no consideran la específica situación el adherente, sino que se quedan en el contexto general. Las circunstancias concurrentes van un poco más allá, pero a nuestro parecer son tan vagas que no resultan suficientes para un asunto tan relevante como es declarar o no la nulidad de una CGC⁵⁸⁸. Hay pues que encontrar formas que profundicen aún más y destaquen las características concretas de los adherentes y adapten mejor el control a realizar a las particulares circunstancias del caso.

La exigencia de buena fe del adherente además como el mismo DE CASTRO Y BRAVO nos recordaba (en su caso en el contexto del error), con una de las normas esenciales del derecho de equidad tradicional de Inglaterra: “quien quiere pedir un remedio de equidad debe presentarse con las manos limpias”⁵⁸⁹. Pese al nombre, es un derecho perfectamente

por una reducción en los costes de obtención de información (leer los contratos) (Cfr. ADAMS, M. “*Ökonomische...*”, o.c., pp. 655-680).

⁵⁸⁸ Si tomamos como referencia la utilización de este mismo texto en el art. 82.3 TRLGDCU los resultados son como poco irregulares. GONZALEZ PACANOWSKA en su revisión de jurisprudencia al respecto encuentra situaciones en que, por ejemplo, es indiferente que el préstamo se haya solicitado para adquirir un artículo de lujo o que el consumidor pudiera haber acudido a cualquier otra entidad. En otros casos, sin embargo los tribunales tuvieron en cuenta para no considerar abusiva una cláusula, la amplia oferta unida a la ausencia de necesidad del consumidor, o la concesión inmediata del préstamo sin garantía adicional (Cfr. GONZALEZ PACANOWSKA, I. “Capítulo II...”, o.c., pp. 967-968).

⁵⁸⁹ “*he who comes to equity must do so with clean hands*”. La traducción al español del texto es propia.

establecido de situaciones en que caben soluciones que en su origen eran de equidad, frente al derecho común⁵⁹⁰.

4.2.2. Delimitación mediante criterios cuantitativos de los elementos relevantes y del ámbito de protección

La utilización de los criterios cuantitativos (cuantía de los contratos o tamaño del adherente) usados en Holanda y en Australia, son, en el fondo “criterios delimitadores [...] que representan un intento de identificar un grupo de sujetos al que es más probable que le sean impuestos contenidos contractuales, pero que no tienen por qué ser los únicos”, como señalaba MATO PACIN respecto a su propia propuesta de dar especial protección a los pequeños y medianos empresarios⁵⁹¹. Son una concreción de las consideraciones cualitativas que venimos exponiendo.

Los criterios cuantitativos tienen como gran ventaja, la facilidad de la aplicación y una relativa seguridad jurídica para las partes. Predisponente y adherente pueden fácilmente saber (y así lo pueden manifestar) si están o no sometidos a esta normativa protectora. Son criterios fácilmente reconocibles para las partes (o al menos para el adherente). Este sabe si está o no cubierto por la normativa protectora, y en caso negativo tendrá que extremar su diligencia (de negociar, de informarse, de buscar fórmulas de protección como seguros, etc.) o no contratar. No hay pues, como en el consumo empresarial, necesidad de delimitar si se está fuera o dentro del ámbito de conocimiento, si se tiene o no experiencia, o si se cuenta o no con asesoramiento, criterios todos ellos subjetivos, que pueden tender al autoengaño en muchos casos.

Por contra, los sistemas de fijación de límites cuantitativos presentan algunos problemas importantes:

⁵⁹⁰ En eso sí hay un elemento en común, en nuestro caso se está buscando una solución equitativa

⁵⁹¹ MATO PACIN matiza bastante su posición, que se acerca más al sistema alemán “El sistema para determinar esa necesidad de protección en el caso de los contratos entre empresarios es un sistema basado en el análisis del caso por caso, a la vista de la posición del empresario adherente, del predisponente, el tipo de contrato, etc. En todo caso, con este intento de delimitación del sujeto adherente necesitado de protección tampoco queremos reducir a una cuestión de tamaño la pertinencia de un control de contenido en los contratos predispuestos entre empresarios.” (MATO PACIN, N., *Cláusulas...*, o.c., p. 54)

- a) el establecimiento de límites supone un ejercicio siempre discrecional por el legislador y por tanto un riesgo de desigualdad en casos cercanos que pueden pensarse arbitrarios. Los casos limítrofes son siempre complicados, en especial si hay consecuencias tan diversas de tratamiento, como es este supuesto. Entre consumidor y profesional, aunque las diferencias en los casos cercanos son escasas hay elementos cualitativos. Así ocurre por ejemplo en el consumo mixto, en que concurren en una misma persona y acto dos finalidades distintas. En el ámbito puramente cuantitativo, de empresa mediana o pequeña, la “arbitrariedad” del límite tiende a ser más visible, porque depende de un factor meramente circunstancial o accidental como puede ser el número de trabajadores. En Australia las empresas con 21 trabajadores ya no son susceptibles de protección especial frente a las cláusulas abusivas, mientras que con un trabajador menos están sujetos una protección muy importante en relación con la materia de las CGC;
- b) la posibilidad de generar prácticas fraudulentas o de “optimización” o “planificación” de los derechos en la contratación, tanto por parte de los predisponentes (agrupación de contratos para superar los límites) como por los adherentes (establecimiento de sociedades sin empleados, etc. que sirvan para contratar, etc.);
- c) Los criterios que se usan (número de empleados, facturación, importe de los contratos) no tienen en muchas situaciones el significado que se les atribuye en cuanto a reflejar una mayor organización, fuerza de negociación o capacidad de asumir las consecuencias criterios que hay empresas que no los cumplen. Así, no tienen el mismo significado un contrato del mismo importe en dos industrias diferentes. Por ejemplo, en industrias que requieren mucha inversión, pero que tienen poco margen, como la construcción, el importe nominal de los contratos es alto y el beneficio muy ajustado, y es probable que muchos contratos sean excluidos de la aplicación de protección, y no solo los más relevantes;
- d) El riesgo del desplazamiento progresivo de los límites (*sliding scale*). Es normal que, quienes se vean excluidos de la protección por estar cercanos a los límites

presionen para que estos límites se incrementen poco a poco⁵⁹² hasta acabar perdiendo su primitivo sentido.

4.2.3. La buena fe del adherente como criterio aglutinador

Frente a los problemas de las fórmulas cuantitativas, que tienen elementos positivos y negativos, cabe buscar otras formas, cualitativas y más flexibles, que nos permita distinguir cuando entendemos que un adherente es digno de una protección especial. Los criterios que repetidamente destaca la doctrina como relevantes en la contratación con profesionales y están detrás de los sistemas de protección holandés y australiano son generalmente muy cercanos: mayor capacidad de conocimiento y de autoprotección, estándares de comportamiento y diligencia diferentes, mayor exigencia de responsabilidad, mayor capacidad de asumir las consecuencias negativas, integrándolas en los costes del proceso productivo, el distinto fin de la contratación (riesgo y ventura de la actividad empresarial), etc.

En otras tradiciones jurídicas, especialmente en el mundo anglosajón, se le pide al juez que tenga en cuenta condiciones de este estilo, más las que su sentido común y entrenamiento en este tipo de situaciones le dicten. Desde nuestra tradición jurídica, más dada a conceptos generales, esta función se subsume de alguna forma en las cláusulas generales. Así la lista de expectativas depositadas en un profesional a la hora de contratar (que luego intentaremos formular) podría ser encapsulada en la diligencia exigible al adherente en las circunstancias concretas, o para no alejarnos mucho de la terminología que usamos, la buena fe que cabría esperar de un adherente.

Creemos que todos los criterios que hemos visto a lo largo del trabajo, y los que se contienen en la novedosa doctrina jurisprudencial del “abuso de posición contractual dominante”, acaban de alguna forma teniendo sentido como parte de las normas de la buena fe.

La utilización de esta cláusula general permite evitar los problemas que hemos visto que ocurren en los sistemas cuantitativos y permite una mejor adaptación de estos deberes a las diversas situaciones y contratos que contienen CGC. Permite operar “con criterios

⁵⁹² Como vimos, en Australia, el Gobierno Federal inició en 2018 un proceso en esta dirección, que no concluyó con ninguna modificación y que podría haberse planteado recientemente.

generales adaptables a las concretas situaciones tomándolas en cuenta de modo especial.”, como MIQUEL GONZÁLEZ señalaba que ocurría en el caso del predisponente⁵⁹³. Usar la buena fe como elemento de juicio, no solo en las CGC, sino en toda la contratación, es positivo, como lo es moralizar las relaciones económicas, y generar confianza en la relación contractual⁵⁹⁴.

Hay que recordar que la buena fe se exige en el art. 1258 CC a ambos contratantes, y que normalmente la buena fe de una parte espera un tratamiento recíproco. Es, como señalaba DIAZ ALABART un criterio cada vez más extendido en los nuevos códigos aprobados en Europa, especialmente el holandés, donde se configura como un elemento central⁵⁹⁵.

Sin entrar en excesivo detalle, pues la bibliografía sería inabarcable, y aquí lo que se trata es de esbozar una solución, puede ser bueno destacar algunos elementos para entender la relevancia y el papel del uso de la buena fe del adherente.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON proponía una proyección de la regla de buena fe como de fuente de especiales deberes de conducta entre las partes, donde encajarían tanto los deberes del predisponente como los del adherente. Para este autor:

“la necesidad de comportarse de buena fe en las relaciones obligatorias, en las relaciones contractuales y, en general, en todas las relaciones jurídicas, da lugar al nacimiento de una serie de deberes especiales de conducta y en ocasiones también a una ampliación de los deberes negocialmente asumidos por las partes. Esta idea tiene un claro apoyo en las disposiciones contenidas en el art. 1.258 CC, y en el art. 57 CCom.”⁵⁹⁶

Acudiendo por otro lado al marco comparado europeo, la buena fe es uno de los objetivos prioritarios de promoción del DFCR (art. I.–1:102: DFCR).

Tal y como señalan los principios del DFCR⁵⁹⁷ esta buena fe, clave de la seguridad y estabilidad de los contratos es recíproca:

⁵⁹³ MIQUEL GONZALEZ, J.M., “Comentarios al art. 8...”, o.c., p. 440.

⁵⁹⁴ DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 48

⁵⁹⁵ DÍAZ ALABART, S., “*Pacta sunt...*”, o.c., p. 64.

⁵⁹⁶ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Fundamentos...*, o.c., p. 63.

⁵⁹⁷ El DCFR reconoce expresamente basarse en los *Principes directeurs du droit européen du contrat Principes contractuels commun. Projet de cadre commun de référence*, editado por M. Mauvarque-Cosson, R. Wicker, y B. Sautonie-Laguionie, Bujoli, París 2008, pp. 23-198.

“[23] **Buena fe contractual.** Tal y como reconocen los *Principes directeurs*, la seguridad contractual de una de las partes se beneficia por la obligación de la otra de actuar de buena fe. La otra cara de la moneda es que la persona que debe actuar de buena fe, un concepto en sí poco preciso, puede albergar un sentimiento de inseguridad e incertidumbre. Además, en el DCFR el concepto de buena fe contractual va más allá de las disposiciones acerca de la seguridad contractual. Estos conceptos se examinarán posteriormente al hablar de la justicia”⁵⁹⁸

Y más adelante, insiste en el principio [42] en esta idea:

“Toda persona debe actuar de acuerdo con el principio de buena fe en el cumplimiento de una obligación, en el ejercicio de su derecho a reclamar el cumplimiento, en el ejercicio de los remedios por incumplimiento y en el ejercicio del derecho a resolver una obligación o relación contractual.

El incumplimiento de este deber no impone *per se* la obligación de indemnizar por daños, pero puede impedir a una parte ejercer o disfrutar de un derecho, remedio o excepción.”

En nuestro caso se trata precisamente de eso, al adherente que no actúa de buena fe, con el contenido que se le dé, no parece lógico permitirle que impugne la abusividad de la otra parte.

4.3. Contenido de la buena fe del adherente: una propuesta

Obviamente cuando hablamos de buena fe del adherente no queremos decir que tenga el mismo contenido que la buena fe del predisponente. La buena fe de cada uno se refiere a un conjunto de obligaciones distintas derivadas de sus propias posiciones contractuales. Para el predisponente es el deber de configurar las CGC de una manera que se respete un cierto equilibrio de la posición de las partes, respetando los principios básicos del contrato, sin alterar el equilibrio de las prestaciones mediante cláusulas que alteren subrepticamente el precio, que no asignen riesgos a quien no tiene capacidad de controlarlos, etc.

Para el adherente la buena fe será algo distinto, será una serie de comportamientos que podemos pensar que corresponden a un mandato ético y moral de actuación en el tráfico mercantil, respecto a su situación al adherirse al contrato.

El DCFR define la buena fe contractual en su art. I.-1:103

“I.-1:103: Buena fe contractual

⁵⁹⁸ VVAA “Principios...”, o.c., p. 44.

- (1) La expresión «buena fe contractual» define un standard de conducta caracterizado por la honestidad, la transparencia y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión.
- (2) En particular, es contrario a la buena fe contractual que una parte actúe de forma incoherente con una previa declaración o conducta suya, en detrimento de la parte que había depositado razonablemente su confianza en tal declaración o conducta.”

En realidad, es difícil establecer de antemano cuáles deben ser los deberes derivados del principio general de la buena fe. Tal dificultad forma parte de la propia esencia de la buena fe, puesto que una determinación *a priori* de deberes concretos iría en contra de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética y que cuadra perfectamente con su carácter de principio general del Derecho: contemplar cada acto de ejercicio de los poderes jurídicos en su singularidad⁵⁹⁹. Mas adelante vamos a considerar dos posibles ejemplos concretos de este comportamiento conforme a la buena fe especialmente relevantes en relación con la contratación con CGC entre profesionales, la existencia, o no, de deberes por parte del adherente de informarse y de negociar (o soportar las consecuencias de la ausencia de negociación).

Entretanto, entre estos elementos de honestidad, transparencia y “la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión” que hemos ido vertiendo a lo largo de todo el trabajo, podríamos citar:

- (i) Actuar con la diligencia que se le supone a un profesional de las características del adherente, considerando que tiene una posición distinta a la de un consumidor;
- (ii) Leer las CGC y demás información suministrada por el predisponente con la diligencia debida, pidiendo las aclaraciones pertinentes y documentación complementaria que falte;
- (iii) Si hace falta, porque la complejidad del contrato o de las prestaciones subyacentes lo requieren, solicitar el asesoramiento de un abogado o de otros expertos que le puedan aconsejar⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L., *Fundamentos...*, o.c., p. 63.

⁶⁰⁰ El tema del asesoramiento es complejo porque como vimos en la doctrina del *unconscionability*, acaba siendo un criterio usado contra el adherente. Se castiga por lo tanto a quien ha sido diligente y se ha

- (iv) Intentar negociar de buena fe las cláusulas que no considere equitativas o justas cuando por sus características propias (fuerza negocial, experiencia, conocimientos o estructuras de negociación de contrato, etc.), tenga la posibilidad de influir en el contrato (en el sentido de la antigua LGDCU o el art. 3.2 de la Directiva 93/13 como luego veremos);
- (v) Considerar que si el contrato no se ajusta a sus necesidades o no lo considera justo, no firmarlo es una opción legítima que en muchos casos debe ser perfectamente apropiada. Esto no será siempre exigible, por ejemplo, un contrato necesario para una actividad ya comenzada y que no haya alternativas a estas CGC en el mercado, aun a precios diferentes. Pero puede ser exigible en otros supuestos, sobre todo en los contratos preparatorios de la actividad empresarial futura (firmar un contrato de franquicia, el crédito para iniciar una actividad o adquirir elementos esenciales);
- (vi) Usar las propias GCG de forma razonable y constructiva, proponiéndolas solo cuando se ajustan mejor que las de la otra parte a la situación concreta y no es irrazonable someter el contrato a ellas, o cuando concurren otras circunstancias (necesidad de homogeneizar las ofertas en procesos competitivos de contratación, etc.). La idea es evitar que se usen las CGC sin otra razón que la defensiva, de evitar la aplicación de las CGC de la parte contraria⁶⁰¹;
- (vii) Llevar a cabo todas estas acciones en un contexto económicamente razonable de las propias posibilidades de estructura empresarial, las características y comportamiento de la contraparte, y las circunstancias y relevancia del contrato (importe, riesgos y relevancia para cada parte). Se trata de que las partes no tengan que incurrir en gastos innecesarios, pero tampoco decidan evitarlos en los contratos más relevantes de la empresa o que impliquen, *prima facie*, riesgos claros.

asesorado, frente a quien ha optado por no asesorarse y por lo tanto colocarse en una situación de mayor riesgo.

⁶⁰¹ Somos conscientes que esta última afirmación puede ser discutible. Ese uso defensivo de las CGC puede ser perfectamente legítimo, según muchas visiones. En muchos casos será además difícil decidir qué CGC están mejor adaptadas a la operación, siempre depende del punto de vista de las partes. Además, esta norma hay que relacionarla directamente con la solución que se dé a la cuestión de la batalla de formularios, que suele regular la materia, como vimos en la PMDOC y la PCC-APDC.

Obviamente se trata de un *desiderátum* amplio, casi excesivamente ideal para la práctica de los negocios, pero que se resume de alguna manera en que el adherente se comportase como le gustaría que se comportara con él un adherente de sus propias CGC, no esperando ni dedicación ni costes indebidos. Tiene que ser un comportamiento exigente, no puramente mecánico, un estándar duro cuando las circunstancias del adherente así lo requieran, y más flexible cuando también así lo aconseje.

Un elemento clave es que este comportamiento del adherente debe ser independiente del comportamiento del predisponente a la hora de predisponer las CGC. Para que haya un control de abusividad, deberían darse los dos: (i) un comportamiento contrario a la buena fe por el predisponente que causa el desequilibrio de las obligaciones de las partes y (ii) un comportamiento de buena fe por el adherente.

No se puede asumir que si la otra parte, el predisponente no actúa de buena fe en el establecimiento de las CGC (este es el estándar de control), el adherente no estará a su vez vinculado por sus propios deberes de buena fe, porque eso nos lleva a anular cualquier virtualidad del mecanismo compensador.

Eso no quiere decir que la ausencia de buena fe no ya en la redacción previa, sino en las negociaciones no tenga su significado. El comportamiento durante la negociación del predisponente propio de la contratación bajo CGC (típicamente la negativa a negociar y presentarlo como “lo tomas o lo dejas”) puede servir para moderar el contenido concreto de las implicaciones de la buena fe del adherente, no para eliminarla.

4.4. Situaciones con soluciones similares: el modelo del error

La necesidad de que el adherente ejerce un cierto grado de buena fe, proporcional a las circunstancias (partes, contrato, contexto), puede verse relacionada con la situación del error, aunque con matices importante.

Obviamente, en el caso de CGC no estamos ante un vicio de la voluntad, pero, como vimos, al menos desde las teorías más clásicas, sí que estamos ante un elemento que afecta a la voluntad negocial. Si bien esta influencia es de menor entidad que lo que estamos considerando aquí, las consecuencias pueden no ser tan distintas, como pudimos ver en diferentes ejemplos de tratamiento de ambas cuestiones relativas a productos financieros.

El error constituye un supuesto diferente al “abuso” en las CGC, pero ambos responden parcialmente a un mismo problema, una situación de “desequilibrio” de la posición de las partes (información para el error, y capacidad negocial o de información en las CGC, según el fundamento de control que sigamos).

Vimos que en ocasiones un problema económico similar (el de las cláusulas suelo o los swaps de tipo de interés), se resuelve por una u otra vía según la forma jurídica en que se había concretado. Si estábamos ante un swap de tipo de interés se recurría al error invalidante. Si estábamos ante CGC se buscaba anular la cláusula que establecía el tipo de interés mínimo por abusiva (lo que no era posible en el caso de los adherentes profesionales).

Ambas formas contienen algunos elementos comunes implícitos en las distintas formas en que la voluntad de contratar pueda verse afectada, como el deber de informarse (al menos nosotros habíamos considerado que existía ese deber, salvo en casos puntuales).

Como se sabe, aunque el art. 1266 CC no requiere que el error sea excusable, y aunque se fundó inicialmente en el 1302 CC, actualmente el Tribunal Supremo lo asume como un requisito impuesto por la jurisprudencia⁶⁰². Como señala DE CASTRO Y BRAVO, la diligencia, la carencia de culpa o negligencia, no son requisitos especiales a considerar en el error, sino datos para apreciar la conducta de quien alega el error, en cuanto dicha conducta importa para saber si lo ignorado o mal conocido llegó a ser causa o motivo principal del negocio”, hay una “estrecha conexión con el principio de responsabilidad negocial, que exige valorar la buena fe de la conducta y el modo de cumplir según ella los deberes de informar y de informarse.”⁶⁰³

Pero incluso en caso de error excusable la jurisprudencia viene previendo circunstancias en que el error, aunque fuera inexcusable porque quien lo sufrió actuó negligentemente, sigue teniendo efectos. Hay conductas de la otra parte, incluso omisibles, que permiten que actúe el error aun frente a una actuación negligente, tal y como se establece en las STS de 10 septiembre 2014 [RJ 2014\5304], STS de 26 octubre 1981 [RJ 1981\4001], 14 de febrero de 1994 [RJ 1994\1469] y 21 de julio de 1995 [RJ 1995\5596]. Se trata de supuestos en que la parte no afectada por el error inducía o no sacaba del error a la otra parte,

⁶⁰² BERCOVITZ ALVAREZ, G, “Artículo 1266” en *Comentarios al Código Civil*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson, 2006, p. 1517.

⁶⁰³ DE CASTRO Y BRAVO, F, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 115-116.

es decir, no actuaba de buena fe. Como hemos visto en el uso de CGC abusivas, siempre habrá un elemento de ausencia de buena fe para que podamos hablar de abusividad. Pero para que la ausencia de buena fe invalide la cláusula correspondiente el adherente debería haber cumplido sus deberes. Si los deberes de buena fe se ignoran por las dos partes, no dos partes cualesquiera, sino dos profesionales o empresarios, se hace difícil que la consecuencia sea la nulidad.

En las CGC a las que se aplique el control de contenido, el elemento de “imposición”, de ausencia de buena fe es necesario por definición. En el error no, pues se consideran en principio la relevancia del error (invalidante o no) y las circunstancias personales de quien sufre el error, si era o no un error excusable.

Por eso cuando en el error, además de estos elementos, está presente una actuación de la otra parte contraria a la buena fe, el requisito de excusabilidad ya no es tan relevante.

La exigencia de buena fe del adherente además como el mismo DE CASTRO Y BRAVO nos recordaba, coincide con una de las normas esenciales del derecho de equidad tradicional de Inglaterra: “quien quiere pedir un remedio de equidad debe presentarse con las manos limpias”⁶⁰⁴. Pese al nombre, es un derecho perfectamente establecido de situaciones en que caben soluciones que en su origen eran de equidad, frente al derecho común⁶⁰⁵.

4.5. La buena fe del adherente como concreción de la doctrina jurisprudencial del “abuso de posición contractual dominante”

La propuesta realizada anteriormente debe considerarse como una sugerencia a considerar *de lege ferenda*. Como vimos, nuestros tribunales, en particular el Tribunal Supremo, han rechazado extender la aplicación de controles a los adherentes profesionales, mediante las fórmulas que se le sugerían en su día, como la analogía, aplicación extensiva y otras fórmulas.

Es verdad, sin embargo, que cada día parece abrirse camino para los casos de contratación entre profesionales la aplicación de un criterio de buena fe objetivo por la vía

⁶⁰⁴ “*he who comes to equity must do so with clean hands*” (traducción propia).

⁶⁰⁵ En eso sí hay un elemento en común, en nuestro caso se está buscando una solución equitativa

del art. 1258 CC, de forma similar a lo que ocurrió en Alemania en los años 60 y 70 antes de que se aprobara la ABGB.

Las decisiones de nuestro Tribunal Supremo sobre el “abuso de posición contractual dominante” que veíamos en la STS de 30 de enero de 2017 [RJ 57/2017], donde en su FJ 7, ya parece indicarse esa vía a futuro, que recoge muchos de los elementos o criterios que antes hemos mencionado (el subrayado es nuestro):

“Con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las “cláusulas sorprendentes”[...] Que, a su vez, conecta con la mención de la exposición de motivos de la LCGC al abuso de posición dominante, en el sentido de que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc.

Y como quiera que el adherente no es consumidor, [...] habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe [...] quien ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente”.

Vemos por lo tanto que el Tribunal Supremo se inclina por realizar un control de la actividad del predisponente desde el criterio de la buena fe del art. 1258 CC, pero sometiénolo a requisitos por parte del adherente. Se trata por lo tanto de un acercamiento importante a las razones que se reflejan en los sistemas donde las características del adherente y el contrato en el que se incluyen devienen relevantes. No son en realidad ninguno de estos criterios totalmente nuevos y están en gran parte ya dentro de esta jurisprudencia.

Habrá que esperar a la aplicación práctica de esta doctrina para saber el grado de exigencia de los requisitos, pues hasta ahora, como señalábamos, en todos los casos se ha rechazado su aplicación al caso concreto. Entonces se concretar  un poco más tanto la base de aplicación de los deberes, si es el mismo art. 1258 CC, tal y como sugeríamos para los deberes de negociación y o la lectura de la información suministrada al adherente o si también se consideran otras fuentes que vimos en su día respecto a los deberes de diligencia, etc., pero que eran rechazadas por el Tribunal Supremo en relación con el error.

5. Los deberes de informarse como manifestación de la buena fe del adherente

Como hemos señalado uno de los posibles deberes del adherente es el de leer las CGC e informarse sobre ellas. La normativa de CGC pone en general un énfasis importante en las obligaciones de información por parte del predisponente, como requisito lógico para poder exigir la vinculación del adherente. Así lo reconoce el Tribunal Supremo que en muchas sentencias (entre otras, por citar una reciente, la en la STS de 11 de marzo de 2020 [Roj 211/2020])⁶⁰⁶, pone especial énfasis, en la exigencia del control de “cognoscibilidad”, tal vez como fórmula de control indirecto o encubierto. El problema de la cognoscibilidad, existente según el Tribunal Supremo, requiere la capacidad de conocer, aprehender o entender algo tiene tres partes: que se explique (que se de toda la información), que se explique acorde con la situación de destinatario y que quien recibe la información pueda entenderla.

La obligación del predisponente de entregar las CGC ajustadas a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (art. 5.5 LCGC) y la demás información necesaria, parece que debería generar en el adherente alguna reacción o deber. Veremos qué reacciones cabe esperar, que lleven al adherente a informarse, bien de forma simple (la lectura de las CGC) o de forma compleja (a buscar asesoramiento).

⁶⁰⁶ Esta STS de 11 de marzo de 2020 [Roj 211/2020] confirma una sentencia previa de la AP Madrid relativa a una cláusula suelo en un préstamo destinado a la adquisición de una licencia de autotaxi y no eran por tanto consumidores. En sus razonamientos, el TS confirma que la cláusula no superaba el control de incorporación “porque los prestatarios no tuvieron oportunidad real de conocer su inclusión en el contrato al no haber cumplido el Banco las obligaciones administrativas de transparencia (no entregó la ficha FIPER), ni haber advertido específicamente el notario de la existencia de la cláusula suelo”. (FJ 2). Se trata de una “ficha de información personalizada” que en sí no forma parte de la documentación contractual, sino únicamente, y no es poco, sirve para entender ésta (y además se sol a firmar de forma rutinaria sin leer). En su FJ 3 insiste en que, “junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad.”.

5.1. El deber de informarse “simple” (la lectura de las CGC)

Frente a las obligaciones de información del adherente a que hacíamos referencia, la expectativa de una reacción por parte del adherente puede variar en función de las circunstancias de la contratación. En los supuestos de los contratos de escaso importe y riesgos para el adherente, es consecuente que su reacción sea de baja intensidad. Al igual que para los consumidores, también para los profesionales puede ser una decisión racional desde el punto de vista económico no leer las CGC⁶⁰⁷.

Pero en otros muchos supuestos, según aumenta la relevancia y los riesgos de un contrato, puede y debe existir al menos un deber de leer lo que se va a firmar y se entrega por el predisponente, es lo que denominamos deber de informarse “simple”. Puede entenderse que como parte de los deberes de buena fe *ex art. 1258 CC*, que sea exigible al adherente dedicarle el tiempo necesario a la lectura de la documentación cuya entrega se requiere al predisponente (y que se requiere que la facilite de forma inteligible), al menos de forma proporcional a la relevancia del importe y los riesgos.

En otros sistemas, esta obligación sí que está más regulada. En Italia el art. 1341 de su Código Civil prevé la eficacia de las CGC si en el momento de celebración el adherente las conocía o “las habría debido conocer de acuerdo con la diligencia media”. En Portugal junto al deber de información por el predisponente, cabe la posibilidad de que el adherente formule preguntas (arts. 6.1 y 6.2 DL 446/85 respectivamente).

Como vimos anteriormente, la normativa, en particular la financiera pero no solo esa, presenta una tendencia al exceso de información (*information overload*), especialmente respecto a los consumidores pero no solo para ellos. Sobrecargar a los adherentes con más información, no tiene un efecto favorable en la competencia y en la selección de las mejores ofertas. Se queda en muchos casos en un formalismo que tiene pocos efectos prácticos en muchas ocasiones más que utilizarse como forma de control encubierto. Los criterios de interpretación (art. 6 LCGC) van a jugar también un papel muy relevante

Porque el problema del exceso de información, en particular la de carácter técnico o legal, es que acceder a ella o incluso comprenderla resulta muy complicado para una persona

⁶⁰⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 117.

no dedicada profesionalmente específicamente a esa área. Por lo tanto, en ocasiones no es cuestión de informar sino de informarse, y sobre todo de asesorarse.

5.2. El deber “complejo” de informarse (asesorarse)

Este deber de buscar asesoramiento para completar la información propia, un deber de informarse “complejo”, puede parecer según los casos más difícil de justificar.

La obligación de información por parte del predisponente tiene como objetivo que el adherente tenga la oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato a qué se obliga, cuales son sus derechos. En suma, las consecuencias de contratar. Hacerlo con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal, es un requisito necesario pero a veces no suficiente.

En muchas ocasiones la información que se entrega es, por su propia naturaleza especializada: esto es, que incluye terminología y conceptos propios de un área de conocimiento específica, que puede ser de carácter técnico, tecnológico, financiero o, también, legal. En estas cuestiones es muy difícil para el lego en la materia comprender las implicaciones de los compromisos asumidos, más allá de los elementos esenciales que sí que deben quedar claros en cualquier caso.

Muchos de los contratos que se firman en el ámbito del tráfico empresarial resultan complicados porque, además de que estén mejor o peor escritos, hacen referencia a circunstancias que presuponen un conocimiento y unos riesgos. Habrá supuestos en que el predisponente deba hacer un esfuerzo adicional de presentación de la información, pero esta tiene ciertos límites en ciertos ámbitos.

Todos entendemos que si vamos a contratar una nueva red o equipamiento informático para un negocio mediano (gastando para ello un importe importante), no es de esperar que los gestores del negocio tengan conocimientos sobre informática para entender todas las especificaciones que los oferentes del servicio puedan hacerle (en particular si hay más de uno).

El deber de asesorarse es algo que en España (y fuera también) cuesta asumir a todos: consumidores, pequeños profesionales e incluso grandes empresas. Todos prefieren (preferimos) confiar en los conocimientos propios (los personales o los de la organización, o los de personas cercanas, aunque a veces no sean los óptimos), con tal de evitar el coste y

la interferencia o retraso en los procesos de decisión. Asumir una actitud diligente de búsqueda de las mejores opciones del producto (incluido el jurídico) es algo que todavía debemos asumir todos, si bien hay un creciente número de herramientas tecnológicas que nos permiten informarnos y comparar (precios, opiniones, etc.). Hay que insistir en muchos ámbitos en la necesidad de aumentar la formación en materias de uso general por los profesionales, como son las materias financieras. Las iniciativas de los organismos reguladores, como por ejemplo el Banco de España, con sus folletos y guías (por ejemplo las relativas a la hipoteca, con una versión extensa y otra más breve con recomendaciones antes de contratar una hipoteca⁶⁰⁸) muestran que es posible presentar la información esencial de forma comprensible.

En el ámbito de las sociedades mercantiles, una parte importante de los adherentes son profesionales, ese estándar está recogido en los arts. 225 y 226 del Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (“LSC”). El art. 225 LSC que establece el principio general, desarrollado en particular en el art. 226.1, de la LSC, que consagra lo que se conoce como “*business judgement rule*”, que establece (el subrayado es nuestro) como deberes de los miembros del órgano de administración (además de requerir que se preste la dedicación adecuada, solicitando la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones) lo siguiente:

“Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial.

1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.”

El ejemplo no es para exigir a todos los empresarios lo mismo, pero sí nos da una idea de lo que puede entenderse como responsabilidad del ordenado empresario. Ello no solo porque muchos profesionales no tendrán la forma de una sociedad de mercantil, en particular, los empresarios individuales. El art. 226 LSC es una norma “interna” de la sociedad, relativa a supuestos en que se da por cumplido el deber de diligencia de su cargo. Esta regla se entiende como excusa absolutoria de la responsabilidad del administrador, que

⁶⁰⁸ Disponibles en https://www.bde.es/bde/es/secciones/informes/Folletos/guia_de_acceso_a/ (fecha de consulta septiembre de 2020).

no tendrá responsabilidad frente a la sociedad por las decisiones que se tomen actuando bajo este estándar. De hecho, este argumento ha sido, más en apariencia que en fondo, rechazado por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 septiembre [RJ 2018\3860], donde se consideran, para rechazarlos, alguno de los planteamientos en que basábamos anteriormente la obligación del adherente de informarse. La Sentencia se planteaba la cuestión de la obligación de informarse en un contexto particular y en relación con el error y creemos que el razonamiento no sería el mismo en el caso de CGC en relación con el error.

En este sentido, es importante entender que además de obtener información de la sociedad, los miembros del órgano de administración deben acudir, en su caso, al asesoramiento de expertos, informes técnicos, estudios de mercado, y/o pronósticos de venta⁶⁰⁹. Así pues, igual que en el ejemplo de la compra del material informático, la diligencia debería imponer el asesorarse por un experto y no confiar en el consejo del vendedor porque se encuentra en una situación natural de conflicto de intereses. El mismo problema suele darse en relación con los productos financieros y los bancos, y sus deberes o no de asesoramiento.

Por supuesto no se trata de un deber ilimitado. La misma diligencia impone que este deber de asesorarse sea proporcional a las circunstancias (propias y del contrato).

6. Los deberes de negociación o de soportar las consecuencias de la no negociación como manifestación de la buena fe del adherente

6.1. La imposición y ausencia de negociación como elemento clave de las CGC

Como vimos, desde SAILELLES preocupaba “el predominio exclusivo de una sola voluntad que impone su ley”⁶¹⁰. Es en esa voluntad unilateral del predisponente y en la falta de negociación donde se fundamentan los controles de contenido. Como ya señalaba DE CASTRO Y BRAVO “la ausencia del proceso de negociación ocasiona un déficit que tiene que tener algún tipo de consecuencia.”⁶¹¹.

⁶⁰⁹ FLEISCHER, H., "La *business judgment rule* a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho", en *Revista de Derecho Mercantil*, n° 246, 2002, p. 1742

⁶¹⁰ “*Dans lesquels, il y a la prédominance exclusive d’une seule volonté, [...] qui dicte sa loi*” SALEILLES, R., *De la Declaration...*, o.c., p. 229 (traducción propia).

⁶¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones...*, o.c., p. 337.

Como destaca MARIN LOPEZ, la imposición es “con toda probabilidad la mayor evidencia de la situación de superioridad en que se encuentra el predisponente con relación al adherente en el momento de la celebración del contrato” de alguna manera sería el punto de partida que permite a aquél “someter a éste a unas condiciones contractuales no negociadas”⁶¹².

El art.1.1 LCGC define las CGC como cláusulas “cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes”. Se complementa el concepto en el art. 1.2. LCGC con la ausencia de negociación individual “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.”⁶¹³.

La redacción española difiere tanto de la alemana, que habla de “inclusión”, como del Proyecto de ley de CGC (el “Proyecto de Ley CGC”)⁶¹⁴, que hablaba de “incorporación al contrato imputable exclusivamente a una de las partes”. La modificación tuvo lugar en el trámite del Senado con el argumento de “mejora técnica”. Sin embargo, ALFARO AGUILA-REAL considera que se trata de “un empeoramiento que puede provocar algunas dificultades de encaje de determinadas condiciones generales en la ley”⁶¹⁵. Para este autor no significa solo que haya CGC cuando el predisponente ejerce una especial presión sobre el adherente para que acepte las condiciones, sino simplemente que es posible considerar a una de las partes como responsable exclusivo de la incorporación al contrato de las condiciones generales. No estamos hablando de lo que generalmente se considera como imponer, sino algo distinto⁶¹⁶. Para ALFARO AGUILA-REAL, el contenido de este requisito es negativo, excluir del ámbito objetivo las cláusulas que hayan sido objeto de

⁶¹² MARIN LOPEZ, J.J., “El ámbito...”, o.c., p. 132.

⁶¹³ Como en otros aspectos, el texto actual difiere del antiguo 10.2 LGDCU, que incluía este requisito al exigir que fueran cláusulas “cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario siempre que quiere obtener el bien o servicio de que se trate”. El artículo había sido criticado por la doctrina que entendía que la referencia al “bien o servicio de que se trate” tenía que ser entendida en concreto, con referencia al particular bien o servicio que el consumidor había decidido adquirir y no por referencia a bienes o servicios del mismo tipo que el que se pensaba adquirir (Cfr. MARIN LOPEZ, J.J., “El ámbito...”, o.c., p. 132).

⁶¹⁴ Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación, publicado en el BOCG Congreso de los Diputados, VI Legislatura, serie A, 5 de septiembre de 1997.

⁶¹⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 116.

⁶¹⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 116.

negociación⁶¹⁷. Por eso, este artículo generalmente se liga con la exclusión de la consideración como CGC de las cláusulas negociadas individualmente. Como ya hemos visto, este autor fundamenta los controles de contenido a las CGC no en la posibilidad de que exista la opción de contratar o no, “sino en que la renuncia a contratar no sea una alternativa razonablemente disponible porque no pueda o sea muy costoso y por lo tanto -inexigible- dirigirse a otros empresarios para seleccionar las condiciones óptimas”⁶¹⁸. Cabría entender que cuando este coste no sea irrazonable o desproporcionado, decae de alguna forma el motivo por el que se aplican los controles de contenido, y tal vez incluso el hecho de encontrarnos ante CGC.

En sentido diferente se manifiesta R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, quien equipara “imposición” con “falta de negociación individual”. Interpreta además esta imposición con el art. 3.2. la Directiva 93/13, donde lo relevante es “que no haya podido influir” y considera que “basta con que haya podido hacerlo”⁶¹⁹. En contra habría que notar que en la implementación de la Directiva 93/13 no se ha incluido esta mención y la redacción del actual TRLGDCU (arts. 80 y 82) habla de cláusulas que no se hayan negociado, sin aclarar más.

Como vamos a poder ver, la diferencia en el entendimiento de la imposición en el caso de profesionales es muy relevante a los efectos de plantearnos la posible existencia de una obligación de negociar.

6.2. ¿Existe una obligación de negociar (y un derecho a hacerlo)?

Desde las posturas contractualistas clásicas, la negociación se entiende como un presupuesto del proceso de contratación a cuya ausencia se le añaden algunas consecuencias. Aunque no sea una facultad, ya que su falta de reconocimiento generaría importantes consecuencias en caso de que haya un control de contenido. ¿Podemos entonces decir que también es un deber del adherente negociar, o intentar negociar las CGC en algunos casos? Si una cláusula contractual puede ser anulada por aplicarle unos controles más intensos por la ausencia de su negociación, puede parecer razonable que el predisponente pueda de alguna

⁶¹⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 117.

⁶¹⁸ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 117.

⁶¹⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 1”, o.c., p.27.

manera evitar que se considere CGC, sobre todo con partes que tienen acreditada capacidad de negociación.

La respuesta a la existencia de un deber de negociar va a depender de los profesionales, predisponente y adherente, y del contrato. La ausencia de negociaciones puede venir determinada por muchas situaciones entre los siguientes extremos: a) la negativa radical del predisponente a negociar con el adherente (lo intente o no), y b) la negativa o pasividad del adherente frente a las invitaciones a negociar del predisponente⁶²⁰. El primero es el caso más usual en CGC, pero no el único. Entre los dos extremos hay muchos casos dignos de consideración.

La respuesta a si existe esa obligación de negociar sería negativa para ALFARO AGUILA-REAL⁶²¹ siguiendo a EMPARANZA SOBEJANO⁶²², al menos para consumidores para quienes no hay una obligación genérica para el cliente de aceptar la oferta de negociación que el predisponente haya realizado y, por tanto, no hay obligación alguna de entrar a discutir las cláusulas. Matiza este autor que “tal obligación sólo puede afirmarse cuando, atendiendo a las circunstancias, exista para el adherente una posibilidad razonable de influir en la configuración definitiva de la cláusula, es decir, existen posibilidades de éxito en la modificación de la condición general. Esta expectativa no existe cuando el consumidor carece de la capacidad técnica o jurídica o del tiempo necesario para analizar detalladamente la cláusula y examinar posibles alternativas y no le es exigible, de acuerdo con las circunstancias, procurarse el asesoramiento o emplear el tiempo necesario.”.

De entre las situaciones que hemos encontrado en los muestreos de experiencia analizados en los primeros capítulos de este estudio vamos a considerar dos de manera más detenida. El primero será el supuesto donde los adherentes tienen una capacidad negocial general que deciden no ejercer en el caso concreto (o lo hacen de modo mecánico, como por

⁶²⁰ Generalmente ésta última postura se da menos (al menos con la falta de consecuencias de la normativa actual), y lo más normal suele ser que ante una oferta genérica contractual, se vista o no como CGC, que no es “resistida” por la otra parte, el oferente inicial no insista o invita a negociar.

⁶²¹ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 123.

⁶²² EMPARANZA SOBEJANO, A. “La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 1996, AR. 8371, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 68, 1997, p. 1327.

ejemplo en la batalla de formularios). El segundo será el de sujetos sin verdadera capacidad de negociación de las CGC, que solo mantienen la libertad de contratar o no.

Sin embargo, desde el punto de vista de la buena fe del adherente, esta podría ser fuente de esta obligación y como parte de las obligaciones que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se imponen en los trámites preliminares, la obligación de negociar de buena fe.

La cuestión es ver, por tanto, si entre profesionales, esta es exigible si hay esa posibilidad razonable de incluir y de dedicar el tiempo a leer y procurarse asesoramiento.

6.3. Decisión calculada de no negociar

En algunos casos, los profesionales pueden tomar la decisión racional de no negociar (o no hacerlo respecto a las CGC), aunque tengan una capacidad genérica de negociación (por ejemplo, un gran banco o una gran empresa). Esto suele ocurrir cuando el contrato en cuestión tiene una relevancia económica muy pequeña (y los costes de negociación no compensan los posibles beneficios). También puede ocurrir que, aunque el importe no sea tan pequeño, por decisiones de la empresa, se decide no hacerlo o hacerlo de una manera “mecánica”⁶²³.

Desde el punto de vista económico puede ser una decisión racional, como la que toman frecuentemente los consumidores de no leer las CGC⁶²⁴. La cuestión es, si en el caso de grandes empresas, el Derecho debe bendecir igualmente este ejercicio de racionalidad y seguir permitiendo un control de contenido de las CGC en estos casos.

La doctrina alemana entiende que en estos supuestos la respuesta debe ser positiva en cuanto a someter a control las correspondientes CGC. En el sistema alemán, la posibilidad

⁶²³ El caso más normal se da cuando una empresa contrata fuera de su ámbito habitual de actividad (la prestación característica), y típicamente en el aprovisionamiento de todo tipo de bienes o servicios generales necesarios para el funcionamiento de la empresa (material de oficina, servicios jurídicos generales, etc.). A fin de evitar los riesgos de verse expuestos a las CGC de la otra parte, y a la hora de racionalizar estos procesos, las empresas suelen establecer sus propios departamentos específicos (departamentos de compras) con un personal específico y, en muchas ocasiones, con sus propias CGC de compra que ya hemos citado en este trabajo. En este apartado nos referimos a contratos que incluso se salen de este mecanismo. A veces esta situación se da por las características peculiares del servicio (necesidad de contratar con un proveedor específico altamente especializado) o porque por ser un importe realmente bajo y tratarse de un contrato no repetitivo no merece la pena implicar a ese departamento separado.

⁶²⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 117.

de negociación de una parte no es un factor a tener en cuenta, ya que la presencia o ausencia de un desequilibrio de poder económico o intelectual entre las partes es irrelevante para la aplicación de su normativa. Como señalan ULMER y HABERSACK, esto puede llevar a que para las empresas de mayor tamaño resulte más eficiente confiar en la protección de la normativa de CGC (en caso de que se concrete algún daño) que iniciar negociaciones sobre el contenido de cláusulas concretas, en cuyo caso perderían esa protección⁶²⁵. Frente a esta actitud pasiva en la compra, los predisponentes pueden hacer poco. Los requisitos para que se entienda que han ofrecido una negociación son tan estrictos que son irreales: no basta ni siquiera para excluir del concepto de CGC, y del potencial de control, un ofrecimiento general de negociar el contrato. El ofrecimiento tiene que ser específico de cláusulas concretas⁶²⁶.

Esta solución puede producir, en nuestra opinión, comportamientos oportunistas de quien busca no ejercer la responsabilidad que viene implícita con el mayor poder de negociación, pero sí beneficiarse de un nivel de protección que se pide con argumentos de protección a la “parte débil”. Entendemos por lo tanto que la respuesta debe ser negativa y en estos casos no puede considerarse que los adherentes actúan de buena fe y tienen por lo tanto que ser protegidos. Siguiendo las pautas de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, y contando con la interpretación de la Directiva 93/13 de que las cláusulas no se “hayan podido negociar”, habría que entender que en estos casos, o en muchos de ellos, sí que se habría podido negociar.

Considerar que la otra parte ha “impuesto” las CGC, simplemente porque las ha introducido en el contrato (como decía el art.1.1. del Proyecto de Ley de CGC), y como establece la legislación alemana, si la otra parte ha tenido una actitud pasiva, parece no corresponderse con la “ratio” de sometimiento a un tratamiento separado de este tipo de contratos. El ejercicio de cálculo razonable de costes implica asumir un riesgo: evitar el coste seguro de la negociación, es legítimo, pero debe hacerse asumiendo las consecuencias. Si se decide no actuar en el tráfico de acuerdo con las características propias es porque se considera que, en caso adverso, las consecuencias pueden asumirse dentro de las estructuras internas y su coste es menor en una escala global. En este caso cabría cuestionarnos, por las

⁶²⁵ ULMER y HABERSACK, “Einbeziehung...”, o.c., pp. 125-126.

⁶²⁶ ULMER y HABERSACK, “Einbeziehung...”, o.c., p. 123.

razones expuestas, si estamos o no ante una verdadera “imposición” en el sentido no solo propio del término. Tampoco parece que encaje con esas visiones de desigualdad en las voluntades negociadas, porque es una decisión consciente (generalmente no en el caso específico, pero si a través del establecimiento, o no, de políticas globales de contratación, etc.).

Para dos pequeños profesionales (una pequeña empresa de informática y otra de contabilidad) que contraten usando CGC normalmente para su actividad principal van a prestar sus servicios probablemente en términos análogos en cuanto al ámbito de responsabilidad, exclusiones, etc. (tal vez recíprocamente, la empresa de informática presta servicios a la de contabilidad y viceversa), ¿podemos realmente en un caso así hablar de imposición? Tal vez sí, si queremos obtener los servicios de ese contable o esa empresa de informática concreta, pero hablar en estos casos de “someter” a las CGC y de desigualdad parece no encajar totalmente.

6.4. Negociación general del contrato

Salvo supuestos inusuales y excepcionales, la posibilidad de negociar no se da en la contratación masiva, a la que responde gran parte o la totalidad de la contratación con consumidores. Los sistemas de gestión y de relación de las empresas, en particular de las grandes empresas no están preparadas para esta negociación, que sería contraria a la esencia misma de las CGC. Por eso con consumidores no parece razonable exigir este deber de negociación, como señala ALFARO AGUILA-REAL⁶²⁷.

Pero en el ámbito de la contratación entre profesionales es distinto. Una parte de la contratación con adherentes profesionales puede ser igualmente masiva y desde este punto de vista se les aplicarían las mismas reglas.

Pero una parte importante de esta contratación, aunque use CGC, no es lo que podríamos denominar masiva en el sentido de indiscriminada. En muchos casos, la contratación, aun siendo amplia y generalizada, se refiere a un numero de contrapartes limitado, conocidas individualmente por la empresa o unidad de negocio encargada de la

⁶²⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 117.

tramitación del contrato⁶²⁸: A veces pueden ser unas decenas o menos incluso⁶²⁹, pero en número suficiente para que no sea una relación bilateral.

En estos casos de contrapartes “identificables individualmente”, las negociaciones no solo son posibles, sino que son muchas veces frecuentes. No es raro que se parta de las CGC de una de las partes, o de las dos, como elemento de disuasión de una negociación, o al menos para limitarla. A veces se usan como punto de partida sabiendo que es posible negociarlas. La mayoría de los empresarios saben cuándo se encuentran en esta situación, y cuando no.

En muchas ocasiones los profesionales son capaces de negociar más allá de los elementos esenciales (precios, cantidades, obligaciones de pago, plazo de la vinculación, etc.) y considerar otros aspectos más secundarios, pero relevantes para ellos. La cuestión es como calificar entonces las situaciones intermedias, en las que hay un cierto nivel de negociación. Este ejercicio de negociación, al menos parcial, es muestra de una capacidad de negociación que puede ser también parcial, pero que puede ser igualmente superior y por razones de coste decide restringirse a los elementos más notables.

Como hemos visto, la negociación particular de una o varias cláusulas aisladas no excluye la consideración de CGC de las demás cláusulas del contrato “si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.” (art. 1.2. LCGC)⁶³⁰.

Las cuestiones a considerar ahora no serían la existencia de un poder de negociación general, sino de cuándo entendemos que hay realmente “contrato de adhesión” (esto es, imposición) considerado de forma global. Negociar unas pocas cláusulas no debe significar excluir de potenciales controles a los demás acuerdos. Negociar en general el contrato y dejar de negociar unas pocas cláusulas (por decisión propia o por descuido) tampoco parece que deba significar que estas otras dejen de ser controladas.

⁶²⁸ Aun en el caso de grandes empresas que ofrecen sus bienes o servicios de forma indiscriminada, las empresas suelen segmentar a sus clientes, considerando generalmente a los más relevantes, las “grandes cuentas” o clientes preferentes, como objeto de un tratamiento separado y preferente.

⁶²⁹ Se puede dar el supuesto en la contratación con consumidores, casos habrá, pero son mucho más minoritarios que en la contratación entre profesionales. Será una excepción minoritaria y, aunque se produzca un exceso de protección potencial, estas circunstancias podrán ser tenidas en cuenta en los criterios matizadores de la abusividad.

⁶³⁰ Este último añadido es fruto de enmiendas en la tramitación parlamentaria, en línea con la Directiva 93/13, en concreto con el párrafo segundo del art. 3.2.

Cualquier abogado sabe que en muchas ocasiones⁶³¹ a la hora de negociar contratos hay cláusulas que no se negocian. Tomando como ejemplo un caso paradigmático de contratos sometidos a negociaciones intensas (que no deberían ser por lo tanto CGC); como es el de los contratos de compraventa de empresas, al menos de cierto tamaño, muchas veces no se negocian una serie de cláusulas menores (lo que se llama en terminología anglosajona el “*boiler plate*”), que son absolutamente usuales, con una u otra redacción, casi como unos usos comerciales que salvo que se excluyan expresamente, se consideran aceptadas. Entre los ejemplos de estas cláusulas estarían las referentes a los “ejemplares en los que se firma el contrato”, “interpretación”, etc. En estos casos los contratantes negocian los elementos esenciales (o estos vienen ya negociados por los clientes) y la negociación cubre aspectos de redacción particular de cláusulas (las llamadas declaraciones y garantías, la responsabilidad por su incumplimiento, con sus límites temporales, etc.). En estos aspectos se suele negociar muchas horas, dejando en ocasiones de lado el *boiler plate*, y parece por lo tanto normal que prevalezca la seguridad jurídica.

No todos los casos en la contratación son tan extremos, pero ver un caso paradigmático de negociación nos permite entender que la no negociación de una cláusula no debe siempre entenderse como “imposición”. Además, en muchas ocasiones, las negociaciones se hacen en “paquetes” y las concesiones a negociar o no una cláusula se pueden basar en hacerlo o no hacerlo con otra, que tiene una relevancia distinta para cada parte. Estos arreglos son absolutamente comunes y no suelen dejar trazabilidad por lo que resulta imposible para el predisponente probar que una cláusula en contrato no se “modificó”, o no fue objeto de discusión porque en cambio aceptó negociar o modificar otra. Como bien señala ALFARO AGUILA-REAL, “exigir que todas y cada una de las cláusulas hayan sido modificadas sería puro formalismo y expresaría un profundo desconocimiento de la práctica contractual”⁶³².

No es raro que la doctrina acuda a la experiencia alemana para poder entender cuándo hablamos de esa negociación individualizada, pero hay que hacerlo con cuidado porque la

⁶³¹ Hay abogados que sí, que lo negocian absolutamente todo... hasta el tamaño y tipo de letra del texto contrato y la portada.

⁶³² ALFARO AGUILA-REAL, J., “Comentario al art. 1”, o.c., p. 124.

normativa alemana no prevé el añadido final de nuestra ley a la visión “en conjunto”, y porque como ya hemos visto, su concepto de cuándo se da negociación es muy estricto⁶³³.

Como se señalaba en la justificación de la enmienda número 76 del Grupo Parlamentario Catalán que introdujo el apartado final del 1.2 LCGC (*Convergència i Unió*) “no parece adecuado condicionar la aplicación de la Ley al hecho de que se haya negociado una cláusula aislada, excluyendo dicha aplicación a los supuestos en que se hayan negociado dos o más cláusulas, toda vez que no depende tanto del número como de la entidad y contenido de las cláusulas a negociar”⁶³⁴.

Así, para considerar esta negociación global, que no puede hacerse sino caso por caso, parece razonable atender a esa “entidad y contenido de las cláusulas a negociar”, que nos pueden dar una idea de la capacidad de negociación (capacidad de influir en las CGC). Respecto a las cláusulas que no se hayan negociado, habrá también que considerar si no han sido objeto de negociación individual por los mismos motivos que vimos anteriormente, por un cálculo de oportunidad o conveniencia.

Permitir a quien puede negociar al menos una parte “importante” del contrato (de nuevo no hablamos de una o dos cláusulas”) o quien por sus características propias tiene capacidad general de negociación, que obtenga una protección solo por dejar ciertas cláusulas sin negociar puede no ser apropiado. Hacerlo supondría un punto de partida desequilibrado en la negociación: el adherente que podría ver en qué cláusulas su posición es mejor aplicando la protección legal que cualquier compromiso que pueda razonablemente conseguir y evitaría negociarlas, reservando por lo tanto el poder de negociación para otras áreas (por ejemplo, el precio u otros elementos más relevantes).

Pero, además, en los contratos entre profesionales, a la hora de considerar la extensión de la negociación hay que tener en cuenta que esta no puede abarcar todos los ámbitos posibles, porque en muchos casos la negociación particular de un término general

⁶³³ Por ejemplo, cuando se considera que se hayan ofrecido distintas posibilidades igualmente predispuestas y el adherente haya escogido una que no le cubre en determinados supuestos (ver el supuesto en ALFARO AGUILA-REAL, J. “Comentario al art. 1”, o.c., p. 124., nota 72). Para la doctrina alemana se considera que sí hay CGC porque lo relevante es que las posibilidades alternativas están dispuestas. Eso querría decir que si un predisponente ofrece a la otra parte la aplicación de distintos INCOTERMS respecto al lugar de entrega y de riesgos, con precios diferentes, estaríamos igualmente ante una imposición porque los INCOTERMS están igualmente predispuestos.

⁶³⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, serie A, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6.

sería contrario a la naturaleza misma del contrato. En un contrato de franquicia, la exclusividad, la utilización de los elementos de propiedad intelectual, determinadas obligaciones de comportamiento y ejecución de las prestaciones no son negociables porque no son opcionales para el modelo. Si la hamburguesa se cocina en cada restaurante de la franquicia de una manera distinta, o no se tiene un mínimo de productos asociados con la marca, los clientes se verán obligado a distinguir entre unos y otros franquiciados, que es contrario a la esencia misma del negocio, la indiferenciación del producto cara a los consumidores. Eso no quiere decir que no deban ser objeto de control si se produce en ellos algún exceso que no esté justificado por un deber razonable de uniformización de la prestación. Pero estos deberes no deben enjuiciarse de forma separada de los demás.

6.5. Sujetos sin capacidad de negociar las CGC

La última situación es la de aquellos sujetos que carecen de capacidad de negociar las CGC por sus características propias o relativas respecto a la contraparte/contrato. En este caso, la libertad de negociación se limita a aceptar o rechazar el contrato. El caso es bastante común, y será el caso mayoritario, por ejemplo, entre los pequeños y medianos profesionales que contraten con empresas con un mayor índice de negociación (por tamaño o por otro motivo).

Claramente aquí estaríamos ante CGC y supondría el núcleo decisiones más probables a las que aplicar un control de contenido. Básicamente las opciones podrían depender el tipo de negocio en el que estamos y el elemento de la información.

Si estamos ante un tipo de contrato con un impacto relevante en la actividad ya iniciada, por ejemplo, un servicio del que no se puede prescindir, y para el que no caben muchas alternativas en términos de CGC, la solución no es fácil. Si el adherente se ha informado sobre los riesgos asumidos, también habrá podido adoptar la diligencia debida de establecer medidas de protección (por ejemplo, cubriendo el riesgo con un seguro, tomando medidas de protección⁶³⁵, etc.).

⁶³⁵ Aun en este caso, esta razonabilidad de incurrir en un coste extra puede venir determinado por la naturaleza del negocio. Si estamos ante bienes fungibles (productos alimenticios) que pueden ser compensados económicamente, y donde el riesgo sea reparable, el coste parecería desproporcionado para la responsabilidad que el profesional asume. Si por el contrario necesita la electricidad para mantener bienes no fácilmente fungibles (material genético, embriones humanos, etc.) que pueden producir una pérdida insustituible, sería esperable que la diligencia del profesional que los custodia imponga la existencia de este generador. Para el distribuidor de electricidad, que firma el contrato con

Sin embargo, en muchos casos, como señalaba GONDRA ROMERO, el coste de estas medidas de protección para los adherentes puede ser mucho mayor (si no es un riesgo que dependa de ellos) que el que tendría para los predisponentes adoptar medidas que minimicen el daño. En estos casos, no parece razonable que el adherente renuncie a la contratación, o tenga que incurrir en costes desproporcionados.

El supuesto de las CGC relativas a un bien no esencial o necesario para la realización de la actividad, y del que se pueda prescindir en ese momento (incluidos, por ejemplo, los contratos que sirvan para comenzar un negocio, como un contrato de arrendamiento o de franquicia), también son relativamente frecuentes. Si en estos casos se le ofrece al adherente protección mediante la aplicación de controles, se está evitando fomentar su autorresponsabilidad. En ocasiones, la mejor de las soluciones es no contratar. Se fomentan así prácticas peligrosas y posibles comportamientos oportunistas por parte de los adherentes. Además, estamos contribuyendo a evitar que el mecanismo del mercado pueda funcionar (en ocasiones hay que incentivarlo), pero, al mismo tiempo, se ofrecen soluciones reales a los problemas que se dan con cierta frecuencia. La decisión puede también venir matizada por la importancia del contrato en cuestión.

las dos empresas, estas sin embargo son difícilmente distinguibles. En cambio, los daños pueden ser muy diferentes.

CONCLUSIONES

1. Importancia de la realidad de la contratación. Una revisión, aun limitada, de la práctica real del uso de las CGC entre profesionales nos proporciona una información muy relevante y necesaria del uso de las CGC en el mundo empresarial. Los casos y dificultades encontrados en los distintos estudios empíricos revisados, en ocasiones poco abordadas en los casos que se ven en los Tribunales nos dan una visión más amplia del fenómeno de las CGC. En parte esa información ha confirmado algunas asunciones o percepciones previas (p.ej. la amplitud de uso), en otros casos permite eliminar tópicos, y facilitar elementos nuevos o nos recuerda otros aspectos que a veces no reciben la suficiente atención (p.ej. casos en que la parte de menor tamaño actúa como predisponente).
2. Uso generalizado también en la contratación entre profesionales, incluso entre partes de amplia experiencia en el mercado. Las CGC aparecen en una proporción muy importante de los contratos entre profesionales. Encontramos CGC en todos los ámbitos y sectores de su contratación, entre empresas de todos los tamaños y relativas a contratos de todo tipo de importes, tanto de montantes muy bajos hasta grandes contratos de suministro de la gran industria automovilística por miles de millones de dólares, y no son por lo tanto un fenómeno de contratos de escasa cuantía. A veces las CGC configuran el grueso del contrato y en otras regulan aspectos determinados, más o menos accesorios, que las partes refieren a diferentes anexos muchas veces preparados por terceros. Aunque sea complicado establecer porcentajes exactos, si podemos concluir que hoy en día regular las CGC entre profesionales es regular sobre la mayoría de los contratos que actualmente se celebran.
3. Variedad de supuestos de extensión y adaptación de las CGC al objeto del contrato. Junto a la típica visión de las CGC como “letra pequeña” o contratos largos, farragosos, muy detallados y adaptados a la situación para extraer de la contraparte el máximo provecho, encontramos en la contratación entre profesionales otros muchos supuestos: hay CGC muchas veces muy breves y específicas para cubrir problemas concretos, CGC redactadas por terceros, “guerras de formularios”, etc.

4. Necesidad de prestar especial atención a determinados sectores especialmente afectados y necesidad de tratar en la regulación estos sectores el hecho de que la contratación se realice mediante CGC de manera habitual. Algunos sectores o tipos de contratos parecen especialmente proclives al uso de CGC, tales como los suministros de servicios básicos empresariales (financiero, telecomunicaciones, etc.), la distribución de todo tipo de productos (y en particular la alimentación), las franquicias, la construcción, los sectores financieros y de seguros, etc. Son ámbitos que se repiten una y otra vez en los estudios y aproximaciones en diferentes países, donde no solo su uso es más alto, sino que parece haber una mayor percepción por los participantes de la importancia del contrato en las relaciones comerciales.
5. Dificultad de identificar automáticamente tamaño con poder negociador. Aunque el supuesto del pequeño o mediano empresario que se ve sometido a las CGC de una gran empresa sea un caso muy habitual, los estudios demuestran que la desigualdad de tamaños no es en muchos casos el componente clave que determina la imposición de CGC en la contratación. En muchas ocasiones influyen más otros elementos que permiten a profesionales de menor tamaño imponer sus CGC o al menos llegar a fórmulas de negociación de contratos, tales como el grado de especialización de las partes, las características propias de la industria concreta, grado de competencia en un determinado mercado, la posición como cliente o como suministrador o las propias estructuras y culturas internas de las partes.
6. Variedad de sistemas de tratamiento y posición española. Sistemas económicos similares al español de economía de mercado presentan alternativas de tratamiento muy distintas para el fenómeno de las CGC. En unos, el tratamiento de la cuestión no se diferencia del resto de los contratos (con mayor o menor grado de intervención, países escandinavos y EEUU respectivamente como ejemplos). En otros países hay un tratamiento específico, en particular con controles de contenido para las CGC de los profesionales (Alemania, Austria y Portugal) o para parte de estos (Holanda y Australia). Finalmente en otro grupo de países (Italia, Suiza, Polonia) se da tratamiento a la cuestión de las CGC, pero únicamente se regulan los controles de incorporación u otras cuestiones. La posición de España en este sentido no es tan única o diferente de lo que se podría pensar, salvo por el hecho de que para esta regulación de mínimos se haya utilizado el recurso de una “ley de condiciones

generales”. En otros países con tratamiento similar el problema se aborda desde unos pocos artículos en sus correspondientes códigos civiles.

7. Falta de grandes efectos negativos del tratamiento en la actividad empresarial. Pese a estas diferencias de tratamiento los mercados funcionan con las diversas soluciones, sin que se produzcan grandes efectos en su competencia y funcionamiento interno. Eso no quiere decir que haya que renunciar a una regulación de la materia, y que la elección de uno u otro sistema no tenga efectos en la actividad contractual en general, que se manifiestan a través de las disputas ante los tribunales. Una regulación apropiada de la materia puede permitir incrementar tanto la justicia de las relaciones como la seguridad jurídica en que se desenvuelven y evitar litigios innecesarios.
8. Dificultades y quejas en la aplicación del sistema alemán de protección a los adherentes profesionales. Pese al prestigio de que goza la normativa alemana de CGC en los últimos años se han multiplicado las quejas en el sector empresarial de ese país por los efectos negativos que los excesos de su regulación causan en muchos sectores de la contratación. Estas quejas señalan que en muchas ocasiones los contratantes (si tienen la oportunidad) prefieren optar por evitar la aplicación del derecho alemán y someterse a otros sistemas cercanos como el suizo o el inglés donde no hay restricciones al uso de CGC. En general la doctrina alemana crítica con la actual normativa de CGC no se propone eliminar los controles de contenido, sino modularlos y flexibilizarlos. Su intención es que las normas de CGC no se apliquen a supuestos que no se consideran merecedores de esta especial protección, tales como los contratos entre grandes empresas, los que han sido negociados de manera más o menos amplia, o aquellos donde una contraparte con fuerte poder negocial general ha hecho uso de este por preferir la protección de la normativa de CGC y evitar los gastos del proceso de negociación.
9. Nuevos modelos que buscan proteger solo a pequeños y medianos empresarios. Junto al modelo alemán, tradicionalmente el más han aparecido por nuestra doctrina, han aparecido normativas con otros enfoques que presentan elementos interesantes (los más notables Holanda y Australia). En estos sistemas se da protección a los adherentes profesionales, pero esta se limita solo a determinados empresarios (pequeños o medianos empresarios) o contratos de importe no muy alto en el caso

australiano (los contratos superiores a un cierto importe el equivalente 180.000 € o para contratos de tracto sucesivo 600.500 €). Ambos sistemas parten como estándar de control de un comportamiento “inadecuado” del predisponente, pero este se tiene en cuenta frente a ciertos profesionales que se considera que merecen protección (pequeños, o pequeños y medianos) y no frente a otros que se considera que no la merecen. Se entiende que estos últimos adherentes no merecen la protección porque por su tamaño pueden negociar el contrato o asumir las consecuencias de la falta de negociación, o porque ellos mismos usan regularmente CGC similares. Como recordaremos, en el caso australiano se excluyen incluso de protección para los adherentes susceptibles de protección los contratos superiores a un cierto importe porque se busca que el adherente realice un ejercicio de responsabilidad especial a la hora de contratar.

10. Insatisfacción generalizada en la doctrina con el tratamiento, con escasez de voces disidentes. Una parte muy importante de la doctrina española se muestra contraria a la actual regulación de la LCGC, y se manifiestan a favor de controles de contenido a las CGC entre profesionales. Dada la relevancia de la cuestión sería esperable, pero sobre todo deseable, un gran debate, al menos doctrinal, sobre ella. Así se podrían tener en cuenta todos los elementos, positivos y negativos, y sobre todo tener en cuenta todas las experiencias, especialmente las negativas, generadas por la actual litigación por productos financieros y el modelo alemán. No se discute que el contrato no puede hoy ser lo mismo que el modelo ideal que tenían los legisladores en mente cuando se aprobaron las normas de los códigos del s. XIX. Así lo han ido reconociendo las reformas profundas de algunos de estos códigos en los últimos años. Las propuestas de tratamiento son variadas, pero todas reconocen la necesidad de dar un nivel de control diferente al de los consumidores, con distintas alternativas posibles.
11. Necesidad de centrar la aplicación a los supuestos en que el problema son las CGC, no la situación subyacente. Por el amplísimo uso de las CGC en la contratación entre profesionales es importante distinguir los supuestos en los que los problemas son ocasionados por cómo se introduce una regulación en el contrato (CGC) de aquellos en los que los problemas son de otro tipo, aunque se manifiesten en las CGC. En situaciones de abuso de posición de dominio o de dependencia económica, o en la

mora en las operaciones comerciales, los problemas se pueden presentar tanto en CGC como en contratos negociados individualmente.

12. Fundamentos del control de las CGC. El control del contenido de las CGC se fundamenta en diversas concepciones, que coinciden generalmente en señalar que la contratación bajo CGC supone una diferencia importante con respecto a la contratación individual o negociada. Las fórmulas más tradicionales buscan compensar el déficit que sufre la voluntad del adherente, con una menor capacidad de negociación e influencia en el contenido del contrato. Otro sector de la doctrina española, y la mayoría de la doctrina alemana, señalan que el elemento fundamental que justifica la intervención es la capacidad del predisponente de redactar las CGC de forma unilateral. Otras explicaciones tienden a poner el énfasis en la asimetría de información o de costes, y en los fallos de mercado que ocasionan, que hacen que el mercado no pueda controlar el contenido de las CGC. Finalmente, y de forma definitivamente en nuestra opinión, todos estos argumentos suelen sumarse y combinarse. El factor decisivo en nuestra opinión es una visión diferente y más moderna del contrato, que busca un contenido materialmente más equilibrado y justo, especialmente en lo que se refiere a determinados contratantes. Estos contratantes, a los que se considera “parte débil” o “parte necesitada de protección”, son en nuestro ámbito tanto los consumidores como los pequeños o medianos empresarios.
13. Diferencias en la posición del consumidor y adherente profesional. Las posiciones del adherente profesional y consumidor presentan importantes diferencias. Entre otras ventajas el profesional tiene o puede tener mayores medios de información (incluso fuera de su sector de actividad) y mayor capacidad financiera e informativa, debe de actuar con otro tipo de diligencia, puede integrar los efectos del contrato en el proceso productivo, beneficiándose de particulares regímenes fiscales empresariales. El consumidor tiene una situación distinta. Tras un largo proceso de lucha durante el s. XX, el consumidor ha obtenido el reconocimiento de una especial protección, consagrada a nivel constitucional y objetivo de actuaciones preferentes por parte de la Unión Europea. Una excesiva similitud del tratamiento de los tratamientos en relación con las CGC puede situar a los consumidores en una situación de hecho peor que la de los profesionales.

14. Dificultades de mantener una regulación unitaria de la materia de las CGC. Se insiste desde la doctrina en que el de las CGC es un fenómeno unitario, con independencia del ámbito subjetivo. Por lo tanto en las diversas propuestas formuladas se intenta mantener una visión unitaria o de conjunto de un fenómeno. Mientras se mantenga una regulación separada para los consumidores para las cláusulas no negociadas individualmente, las iniciativas de regulación global en el fondo van a tratar únicamente el control de contenido entre profesionales. Sin embargo, al pretender hacer un tratamiento general corren el riesgo de centrarse a oser en los casos más arquetípicos y con una fuerte influencia del derecho de consumo, y no tener suficientemente en cuenta las peculiaridades de la contratación entre profesionales.
15. Respuesta y tensiones en el sistema judicial. El sistema judicial ha tenido que enfrentarse en los últimos años con un número muy elevado de casos relativos al uso de CGC. Especialmente a raíz de la interpretación de la Directiva 93/13 por el TJUE se ha producido un incremento muy importante de esta cobertura para los consumidores. La diferente regulación del control del contenido de las CGC entre profesionales y consumidores ha ocasionado un fuerte contraste en el tratamiento que unos y otros reciben por los problemas derivados de sus préstamos (tipos de interés, comisiones y gastos, etc.) y llevado a muchos a plantearse por qué se dan tratamientos tan diferentes.
16. Posible aplicación de controles mediante una concreción de las obligaciones de buena fe del adherente Nuestros tribunales, especialmente el Tribunal Supremo, han respetado y asumido la decisión del legislador de no someter a control las CGC entre profesionales, recurriendo en ocasiones al control encubierto por la vía de los controles de inclusión, o mediante interpretaciones generosas de los conceptos límite entre profesional y consumidor. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece irse abriendo a encontrar vías de aplicar ciertos controles, resaltando el papel de la necesaria buena fe del predisponente y sus límites. Se empieza a configurar una doctrina, aun difusa, del “abuso de posición contractual dominante”.
17. Propuesta de lege ferenda que destaque las obligaciones del adherente profesional. En este contexto planteamos ciertas propuestas, para el supuesto de que se introduzcan controles de contenido en nuestra legislación, que pueden ser

recomendables. En el contexto de un concepto moderno del contrato, parece necesario reconocer que el predisponente tiene una obligación legal de actuar de buena fe al establecer las CGC, lo que se debería hacer mediante una cláusula general. Pero el adherente profesional no tiene solo derechos, sino también obligaciones.

18. Tratamiento principal mediante las normas especiales de los tipos contractuales y cláusulas generales. En nuestra propuesta consideramos que el tratamiento principal de los problemas de las CGC entre profesionales debe realizarse mediante las normas especiales de los tipos contractuales y cláusulas generales, que tenga en cuenta que en muchas ocasiones, según el sector, estas se van a formalizar mediante CGC. El legislador tendrá que establecer los límites (absolutos o relativos) que en cada tipo de contrato deben tener las CGC o las cláusulas negociadas. Cuando se van a regular determinados tipos contractuales que de forma habitual o exclusiva se celebran al amparo de CGC, no se puede obviar este hecho. Hay que decidir qué margen de autonomía de la voluntad damos a la decisión de las partes, sabiendo que esta capacidad de configurar el contrato se va a concretar muy probablemente mediante CGC. La revisión y actualización de nuestro derecho de contratos, civil y mercantil (tanto español como europeo) que se está planteando en estos últimos años genera un marco idóneo para regular la contratación entre profesionales bajo CGC adaptado a cada tipo contractual. Hay que aprovechar esta ocasión para realizar un tratamiento de la cuestión diferente al que hemos visto tradicionalmente.
19. Establecimiento de una cláusula de cierre (para los supuestos no regulados) basada en la buena fe de ambas partes. La regulación mediante normas especiales se robustecería para los supuestos no regulados o cuando se den nuevos tipos, con una cláusula de cierre. Esta cláusula de buena fe de las partes, de ambas partes, que ya existe en nuestro Derecho se aplicaría de forma reforzada en el caso utilización de CGC. La buena fe del predisponente se dará al establecer las CGC, en la forma tradicional de tratamiento de la cuestión y de forma análoga a la legislación de consumidores. La buena fe del adherente profesional será distinta y debe tratar de reflejar el cumplimiento de los deberes que se entiende socialmente que concurren en el adherente profesional, como empresario (entendido el concepto de forma amplia), y que son consecuencia de esta misma posición. Debe consistir en un

ejercicio de responsabilidad y diligencia al aproximarse al contrato, teniendo en cuenta, y por lo tanto de modo proporcional, sus características y recursos personales, la relevancia del contrato que se va a suscribir y el resto de las circunstancias que concurran en ese contrato en particular.

20. La buena fe del adherente. La fórmula que consideramos más adecuada para resumir estos deberes es usar una cláusula general, evitando los problemas que puede producir una delimitación cuantitativa como la holandesa o la australiana. La utilización de esta cláusula general permite evitar los problemas que hemos visto que ocurren en los sistemas cuantitativos y permite una mejor adaptación de estos deberes a las diversas situaciones y contratos que contienen CGC. Permite operar con criterios generales adaptables a las concretas situaciones tomándolas en cuenta de modo especial, reconociendo mayor nivel de protección a quienes tengan menores opciones de reaccionar frente a las CGC.

El concepto de buena fe del adherente enlaza con los deberes presentes en la última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre “abuso de posición contractual dominante”, y tiene paralelismos con el tratamiento de otras situaciones, como el error, en que existe una desigualdad de conocimientos que afectan a la formación de la voluntad.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAHAM, W. y DE ALMEIDA, M. I., *Fidic: An Analysis of International Construction Contracts*, Kluwer, 2004.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.
 - “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control” en VVAA, *Derecho contractual comparado : una perspectiva europea y transnacional*, coordinado por Sixto SÁNCHEZ LORENZO, 2ª ed. Cizur Menor, Civitas, 2013, pp., 383-484.
 - *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Ed. Thomson, 2009.
 - “Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2017.
- ALFARO AGUILA REAL, J.
 - “El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado” en *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, nº 67, julio-sept. 1997, pp. 839-902.
 - “Comentario al art. 1” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* dirigida por A. Menéndez y L. Díez-Picazo, L, Madrid, 2002, pp. 97-141.
 - *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
 - “Blog Almacén de Derecho cláusula suelo» (entradas 17 de abril de 2015).
- ALMEIDA COSTA, M.J., “Síntese do Regime Jurídico Vigente das Cláusulas Contratuais Gerais”, Ed. Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.
- ALPA, G.
 - *Clauses abusives et contrats de consommateurs. L'expérience en Italie*” en *Revue internationale de droit comparé* , vol 53-2, 2001 pp. 405-428.

- “L’expérience en Italie” en *Unfair terms directive. Five Years on*, Office for official publications of the European Communities, Brussels, 2000.
- ANDERSON, R. y MANNS, J. D., “Boiling Down Boilerplate in M&A Agreements: A Response to Choi, Gulati, & Scott”, en *Duke Law Journal Online*, vol. 67, enero 2019, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3327687>
- ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., “Comentario al artículo 1 LCGC”, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, dirigido por I. Arroyo Martínez y J. Miquel González, Madrid, Tecnos, 1999.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (coord.), *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, 2018.
- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, “Unfair terms in small business contracts: A review of selected industries”, Noviembre 2016, disponible en https://www.accc.gov.au/system/files/B2B%20UCT%20-%20Final%20-%20Unfair%20terms%20in%20small%20business%20contracts%20%20A%20review%20of%20selected%20industries_0.PDF.
- AVILÉS GARCÍA, J., “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pp. 1533-1586.
- BADENAS CARPIO, J.M., “Comentarios al art. 2” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, pp. 37-92.
- BAIRD, D. G., “The Boilerplate Puzzle”, en *Michigan Law Review*, 933 (2006), pp. 933-952.
- BAKOS, Y., MAROTTA-WURGLER, F. y TROSSEN, D. R., “Does Anyone Read the Fine Print? Testing a Law and Economics Approach to Standard Form

Contracts”, en *New York University, Law & Economics Research Paper Series*, Paper No. 09-40, 2009.

- BALLESTEROS GARRIDO, J.A., y CARBAJO GONZÁLEZ. J., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., *El contrato no-contrato. Enigma desvelado de las condiciones generales de la contratación*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.
- BARNES, W., "Toward a fairer model of consumer assent to standard form contracts: in defense of Restatement subsection 211(3)." en *Washington Law Review*, vol 82.2, 2007, p. 227-274.
- BARTLETT, R. y PLAUT, V., “Blind Consent? A Social Psychological Investigation of Non-Readership of Click-Through Agreements”, en *Law and Human Behavior*, vol. 36, 2012, pp. 1-23.
- BAUDENBACHER, C., “Ansätze zu einer AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht“, en *VVAA AGB - eine Zwischenbilanz*, editado por Carl Baudenbacher, St. Gallen, Wissenschaftlicher Verlag, 1991, pp. 17-65.
- BECKER, B.M. y SECHRIST, J. R., “Claims of Unconsciousability: An Empirical Study of the Prevailing Analysis in North Carolina”, en *Wake Forest Law Review*, vol.49, 2014) pp. 633 -647
- BEN-SHAHAR, O. y WHITE, J. A., “Boilerplate and Economic Power in Auto-Manufacturing Contracts”, en BEN-SHAHAR, O. (Ed) *Boilerplate: The Foundation of Market Contracts*, Cambridge Univ. Press, 2007, pp 953-982.
- BERCOVITZ ALVAREZ, G, “Artículo 1266” en *Comentarios al Código Civil*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson, 2006.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.,
 - “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 100-140.

- “La protección de los consumidores en el Derecho español”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 1, (1984).
- “Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 17-21.
- “Comentario al art.1” en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, J. Salas Hernández, Madrid : Civitas, 1992.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.
 - “Comentario al art. 8” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, pp. 259-270
 - “Comentario al art. 1” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, pp. 23-36.
- BERCOVITZ, J. E. L., “An Analysis of the Contract Provisions In Business-Format Franchise Agreements”, en STANWORTH, J. y PURDY, D. (ed.), *Franchising Beyond the Millennium: Learning Lessons from the Past; Proceedings of the 13th Conference of the Society of Franchising*, 1999.
- BERENGUER FUSTER, L. “Otras formas de abuso de posición dominante (con especial mención al abuso de situación de dependencia económica” en *El abuso de posición dominante*, dirigido por S. Martínez Lage y A. Petitbò Juan, Marcial Pons, 2006, pp. 415-436.
- BERGER, K.P., “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr“, en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 63, Nº. 8, 2010, pp. 465-470
- BRIDWELL, P., "The Philosophical Dimensions of the Doctrine of Unconscionability." en *The University of Chicago Law Review*, vol. 70.4 (2003), pp. 1513-1531.
- BRUGGEMAN, E.M., CHAO-DUIVIS, M.A.B., KONING, A.Z.R., *A practical guide to Dutch building contract*, IBR instituut voor bouwrecht, 2008.

- BURKE, J. "Reinventing the Contract", en *E-Law of Murdoch University School of Law*, Volume 10, Number 2 (June 2003), Murdoch University (Australia)
- CAMARA LAPUENTE, S.,
 - "El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español aspectos controvertidos o no resueltos", en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, Nº. 1, 2011, pp. 84-117.
 - "El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusula suelo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 2013, pp. 98-105.
 - *Contratos y protección jurídica del consumidor*, Ed. Olejnik, 2018.
 - "Experiencias españolas en el (reducido) ámbito de control de las cláusulas en los contratos entre empresarios, en *"Standarisierte Verträge- zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle"* editado por J. Kindl, P. Perales Viscasillas y T. Arroyo Vendrell, ed. Nomos, 2017, p., pp. 195-236
- CARNICERO Y ESPINO, J., "Recesión sobre el libro de M. GARCIA-AMIGO: Condiciones generales de los contratos (Civiles y Mercantiles)", en *ADC*, año 1969, fasc.1, pp.165-166.
- CARRASCO PERERA, A. "De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores" en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 21, 2017 , pp. 168-170
- CENDON, P.m *Commentario al Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 2009.
- CHAMBOLLE M. L. y TUROLLA, S., "Evaluation des Effets de la Loi de Modernisation Economique et des Stratégies d'Alliances à l'Achat des Distributeurs", documento oficial de 15 Décembre 2016, disponible en <https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/RapportComplet-LME-19-dec-def.pdf>.
- CHOI, S, GULATI, G. M y POSNER, E. A.,

- “The Dynamics of Contract Evolution”, en *University of Chicago Institute for Law & Economics Online Research Paper* No. 605, 2012, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2093598> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2093598>;
- “Variation in Boilerplate: Rational Design or Random Mutation?”, en NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 16-34; disponible en https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1996.
- CHOI, S. J., GULATI, M. y SCOTT, R. E., “The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate”, en *Columbia Public Law Research Paper* No. 14-527, Noviembre 2016), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2835681>;
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.,
 - “El control de las condiciones generales de los contratos” en *La Ley*, 1989, II, p. 1016; Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor, 1990.
 - “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones generales de la contratación”, en *ADC*, tomo 1998, fasc. 3, julio-septiembre 1998, pp. 1301-1316.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN MERCANTIL, “Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación” (2013).
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, SECCIÓN MERCANTIL, “Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil tras el dictamen del Consejo de Estado”. Marzo 2018.
- CONSEJO DE ESTADO,
 - “Dictamen nº 2939/1996 sobre Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 26/84, de 19 julio, General para defensa de los Consumidores y Usuarios”, 29 de octubre de 1996 en Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado-1996, BOE, Madrid 1996,

- “Dictamen núm. 3194/1997, Sección 2ª de 24 de julio de 1997”, en Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado-1997, BOE, Madrid 1997,
- CUESTA RUTE, J. M. (dir.), *Contratos Mercantiles*, Barcelona, 2009.
- DE CASTRO Y BRAVO, F,
 - “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, 1983
 - *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985
 - “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” en *ADC*, Año 1961, fasc. 2, pp. 309-310.
- DE LEON ARCE, A. MORENO-LUQUE, C., AZA CONEJO, M.J., *Derecho de consumo*, Ed. Forum, 1995, p. 27 y ss.
- DÍAZ ALABART, S.
 - “*Pacta sunt servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la LCGC” en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 43-74.
 - “Prólogo” en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, dirigido por S. DÍAZ ALABART, Ed. Reus, Madrid, 2015.
 - “Introducción: la contratación con consumidores” en *Manual de derecho de consumo*, dirigido por S. Díaz Alabart y M.T. Carrancho Herrero, Ed. Reus, 2016
- DÍAZ ALABART, S. y CARRANCHO HERRERO, M.T. (Dir), *Manual de Derecho de Consumo*, Ed. Reus, Madrid, 2016.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.
 - “¿Una nueva doctrina general del contrato?” en *ADC*, 1993, Fas. IV, p. 1708-1717.

- *Las Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas, 1996.
- *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Ed. Civitas, Sexta edición, 2003.
- DRAHOZAL, C. R. y RUTLEDGE, P. B., “Arbitration Clauses in Credit Card Agreements: An Empirical Study”, en *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, n.º 3, Sept. 2012, pp. 536-566.
- DRYGALA, T.
 - “Die Reformdebatte zum AGB-Recht im Lichte des Vorschlags für ein einheitliches europäisches Kaufrecht” en *JuristenZeitung*, 67. Nr. 20 (19. Oktober 2012), pp. 983-992.
 - “Unfair Contract Terms in Business to Business Transactions” en *Private Autonomy in Germany and Poland and in the Common European Sales Law*, editado por T. Drygala, B. Heiderhoff, M. Staake, y G. Zmij, Ed. Dr. Otto Schmidt, 2012, p. 35–52.
- EIGEN, Z. J.,
 - “Empirical Studies of Contract”, en *Faculty Working Papers 04*, 2012, pp. 291-306.
 - “The Devil in the Details: The Interrelationship among Citizenship, Rule of Law and Form-Adhesive Contracts”, en *Connecticut Law Review* 2008, vol. 41, n.º 2, pp. 385-435.
- FABBIO, P., “Osservazioni sull’ambito d’applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese” en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, Vol I, pp. 902-908;
- FAURE, M.G., LUTH, H.A. “Behavioural Economics in Unfair Contract Terms” *Journal of Consumer Policy* , vol 34, 2011, pp. 337–358
- FELDMAN, Y., y TEICHMAN, D., “Are All Contractual Obligations Created Equal?”. 5th en *Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, February 16, 2011, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1633415>,

- FLEISCHER, H., "La *business judgment rule* a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho", en *Revista de Derecho Mercantil* , nº 246, 2002, pp. 1727-1753
- FLORENSA I TOMÀS, C.E. "La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del TJUE" en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, dirigido por M.D. Gramunt Fombuena y C.E Florensa i Tomàs (dir.), 2017, pp. 63-87.
- FUENTESECCA DEGENEFFE, C., "La información del consumidor previa a la celebración del contrato" en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, dirigido por S. DÍAZ ALABART, Ed. Reus, Madrid, 2015, pp. 127-222.
- FURRER, A., MÜLLER-CHEN, M., *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3ª edición, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, p. 139.
- GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los Contratos. Civiles y Mercantiles*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- GARCÍA CANTERO, G.
 - "Integración del Derecho de consumo en el Derecho de Obligaciones", en *Revista jurídica de Navarra*, Nº 13, 1992, pp. 47-62.
 - "Notas para una sociología de las obligaciones y de los contratos" en *ADC* , Vol. 32, fasc. 4, 1979, pp. 739-750.
- GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por notarios y registradores de la propiedad*, Centro Estudios Registrales, 2007.
- GETE-ALONSO, M.C., "Comentario al artículo 7, pp. 71 y ss.", en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, dirigido por I. Arroyo Martínez y J. Miquel González Madrid, 1999, pp. 71-80.
- GILSON, R. J., SABEL, C. F., y SCOTT, R. E. "Contract and innovation: The limited role of generalist courts in the evolution of novel contractual forms" en *New York University Law Review*, 88(1), pp. 170-215.

- GINER PARREÑO, C.A., “Condiciones generales de la contratación: autonomía privada y competencia”, en *Estudios sobre consumo*, N° 32, 1995, pp. 12-25.
- GOBIERNO DE AUSTRALIA, “Extending Unfair Contract Term Protections to Small Businesses” (Mayo 2014), disponible en <https://treasury.gov.au/consultation/extending-unfair-contract-term-protections-to-small-businesses>.
- GOBIERNO DE AUSTRALIA, “Review of Unfair Contract Term Protections for Small Business” (Noviembre 2018), disponible en <https://consult.treasury.gov.au/market-and-competition-policy-division-internal/c2018-t342379/>.
- GONDRA ROMERO, J.M. “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte "más débil" en el marco del derecho uniforme de la compraventa internacional”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, 1978, pp. 233-250
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.
 - “ Artículo 5. Requisitos de incorporación”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2000, pp. 139-192.
 - “Comentario a la STS 17 junio 2010”, CCJC 86 (2011), pp. 799-812.
 - “Capítulo II. Cláusulas abusivas” en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2015pp. 1103-1348
- GUERRERO LEBRÓN M. J., “La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios” en *Derecho de los Negocios*, Octubre 2000, p. 26.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo

incomprensible), en *ADC*, Tomo LIV, fasc. III, julio-septiembre, 2001, pp. 1106-1144.

- GULATI, G. M y CHOI, S. J.
 - “An Empirical Study of Securities Disclosure Practice”, en *Tulane Law Review*, vol. 80, 2006, pp. 1023-1108, disponible en https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1852;
 - “Innovation in Boilerplate Contracts: An Empirical Examination of Sovereign Bonds”, en *Emory Law Journal*, vol. 53, 2004, pp. 930-996;
- GURNICK, D., y WOLF, S., "Unconscionability in Franchising" en *Franchise Law Journal*, vol 38.1, 2018, pp. 81-103.
- HAGELSTEEN, M. D., “La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente”, 2008, disponible en <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000079/>.
- HARTKAMP, A., *Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands*, Roma, 1992 (disponible en w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/04hartkamp.pdf)
- HEISE, M, “The Importance of Being Empirical”, en *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 711, 1999, pp. [...],.
- HEISE, M. “The past, present, and future of empirical legal scholarship: judicial decision making and the new empiricism” en *University of Illinois Law Review*, Vol. 2002, pp. 819-850.
- HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D.
 - “Consumidor y comerciante”, en *Manual de derecho de consumo*, dirigido por Silvia Díaz Alabart; M.T. Carrancho Herrero, 2016, pp. 29-41.
 - *El consumidor vulnerable*, Ed. Reus, 2015
- HERNANDO GIMÉNEZ, A., *El Contrato de Franquicia de Empresa*, Civitas, Madrid, 2000.
- HIJMA, J. y ZWITSER, R., “Aspectos de derecho patrimonial general en el nuevo código civil holandés.” en *Revista De Derecho Privado*, 1997, N° 5, pp. 362-378.

- HONDIOUS, E.H. “Standard contracts and adhesion contracts according to Dutch law”, en *Actas del 8 Congreso internacional de Derecho Comparado*, Pescara, 1970, disponible en [file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/hondius_70_standard_contracts_dutch_law%20\(9\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/hondius_70_standard_contracts_dutch_law%20(9).pdf), pp. 121-128.
- JOHNSTON, J. S., “The return of bargain: an economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers”, en *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, p. 857-898.
- KRAMER, E., PROBST T., PERRIG R., *Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ed. Stämpfli, 2016
- LANDO, O y BEALE, H, *Principios de Derecho Contractual Europeo. (Los trabajos de la “Comisión de Derecho contractual europeo”)*, Ed. Española a cargo de P. Barres Benlloch, P y otros, Colegios Notariales de España, [Madrid] [Fecha],
- LARROSA AMANTE, M.A., *Derecho de Consumo. Protección legal del Consumidor*, Madrid, 2011.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, INC-Dykinson, S. L., Madrid, 2003.
- LEFF, A.A. “Unconscionability and the code. The emperor's new clause” en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 115, 1967 No. 4, pp. 485-559.
- LEUSCHNER, L.,
 - *Derecho de las CGC para contratos entre empresarios*, Proyecto de Investigación a petición del Ministerio de Justicia y Consumidores, Univ. Osnabrück, 2014, disponible en http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachinformationen/Abschlussbericht-AGB-Forschungsprojekt.pdf?__blob=publicationFile.
 - “AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr. Zu den Grundlagen einer Reformdebatte, en *JuristenZeitung*, 2010, pp.875 – 884,

- “Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr“ en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2015, pp.1045 – 1052
- “Noch einmal: Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr - Replik zum Beitrag von Graf von Westphalen“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, pp. 1326 – 1332.
- LLODRÁ GRIMALT, A., *El Contrato Celebrado Bajo Condiciones Generales*, ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- LOOS M., “Art. 70–71: Incorporation and Making Available of Standard Contract Terms” en *Contents and Effects of Contracts-Lessons to learn from the Common European Sales Law*, editado por A Colombi Ciacchi,, Springer, Cham 2016 vol 7, p. 179-202.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., “Las cláusulas abusivas en la contratación bancaria”, Universidad de Málaga, 2016 (pendiente de publicación).
- MARCOS FERNÁNDEZ, F., “Los contratos de compraventa de empresas en España. Un análisis empírico (2013- 2014)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 2016, n.º 299 (Enero-Marzo 2016), pp. 175-232.
- MARÍN LÓPEZ,J.J., “El ámbito de aplicación de la ley sobre condiciones generales de la contratación” en *Condiciónes generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, 2000, pp. 109-218
- MAROTTA-WURGLER, F.,
 - “«Unfair» Dispute Resolution Clauses: Much Ado About Nothing?”, en *New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 120, 2008,
 - “Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements”, en *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 5, n.º 3, September 2008, pp. 447- 475.
 - “Does Contract Disclosure Matter?”, en *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*, vol. 168, N.º 1, Marzo 2012, pp. 94–123.

- “What's in a Standard Form Contract? An Empirical Analysis of Software License Agreements”, en *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 4, n.º 4, Dec. 2007, pp. 677-713.
- MATO PACIN, M. N., *Cláusulas Abusivas y Empresario Adherente*, Ed. BOE, 2017,
- MENÉNDEZ, A., DíEZ-PICAZO, L. y ALFARO AGUILA REAL, J. (dirs.), “Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación”, Civitas, Madrid, 2002, .
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.,
 - “Comentarios al art. 8”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* dirigida por A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León, . Madrid, 2002.
 - “Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 27, 2013-I, pp. 223-252.
 - “Reflexiones sobre las condiciones generales” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. por Juan Luis Iglesias Prada, Vol. 4, 1996, pp. 4941-4962.
- MÜLLER, W., GRIEBLER, C., PFEIL, J. „Für eine maßvolle AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr“, *Betriebs Berater*, Vol, 23, 09, pp. 2658-2662.
- MUNDY, J.H. “Europe in the High Middle Ages. 1156-1309”, Longman, London, 1973.
- NIETO CAROL, U (Director) “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas “ Ed. Lex Nova- Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio , Valladolid, 2000.
- OCELLI, F., “L’abuso di dipendenza economica come clausola generale?” en *Giurisprudenza Italiana*, Nº. 12, 2015, pp. 2666-2669.
- PAGADOR LOPEZ, J.,

- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- “Proporcionalidad en el control de las cláusulas contractuales: ¿Protección de la parte más débil y/o sanación de las disfunciones del mercado?”, en *“Standarisierte Verträge- zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle”* editado por J. Kindl, P. Perales Viscasillas y T. Arroyo Vendrell, ed. Nomos, 2017
- PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*, Dijusa, Madrid, 2004.
- PATTI, F.P., “Unfair Terms Control in Business-to-Business Contracts” en *The Italian Law Journal*, Vol. 05 – No. 02, 2019, pp. 581-611.
- PAZ-ARES RODRIGUEZ, C.
 - “La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)”, en *ADC*, Vol. 34, Fasc. 3, 1981, pp. 601-708
 - “La terminación de los contratos de Distribución” , en *Revista de derecho mercantil*, num. 223, 1997, pp. 7-58
- PEDROSA MACHADO, M., *Sobre Cláusulas Contratuais Gerais e Conceito do Risco*, Lisboa, 1988.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, en *InDret*, 2013.
- PERALES VISCASILLAS, P.,
 - “La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de UNIDROIT”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 6, 1996, pp. 1498-1514.
 - *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas. La Ley 3/2004 y la Directiva 2000/35*, Ed. Thomson Civitas, 2006, p. 265.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- PFEIFFER, T. “Flucht ins schweizerische Recht?” en *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz*, editado por Genzow, F. C., Köln, 2010, pp. 555-567.
- PINTO MONTEIRO, A.
 - “L’Experience de Portugal” en *The Unfair Terms’ Directive, Five Years on*, Brussels, 2000, Office for official publications of the European Communities”.
 - “El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219, (1996), pp. 79-118.
- RAMOS HERRANZ, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, en *ADC*, Vol. 59, fasc.1, 2006, pp. 195-226.
- RECALDE CASTELLS, A. “El Derecho de consumo como Derecho privado especial” en, *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I congreso Euroamericano de Protección jurídica de los Consumidores*, dirigido por J. Tomillo Urbina, J., Thomson Civitas, 2008, pp. 537-568.
- REIGERSBERG VERSLUYS, J. G., *Derecho patrimonial neerlandés*. Málaga, 1996.
- RICHMAN, B. D., “Contracts Meet Henry Ford”, en *Hofstra Law Review*, vol. 40, n.º 77, 2011, p. 77-86.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Antecedentes de la ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de Ley”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 75-108.
- SALEILLES, R., *De la Declaration de Volonté*, 1901.
- SÁNCHEZ ANDRES, A “El control de las Condiciones Generales en derecho comparado: Panorama Legislativo”, en *Revista de derecho mercantil*, nº 157-158, Julio-Diciembre 1980, pp. pp. 385-436.

- SÁNCHEZ MARTÍN, C., “La «contratación bajo condiciones generales de la contratación» frente a la «contratación por negociación». Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad. Análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores”, en *Diario La Ley*, núm. 8333, Sección Tribuna, 16 de Junio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY (LA LEY 3840/2014), pp. 1-3.
- SANGA, S., “Choice of Law: An Empirical Analysis”, en *Journal of Empirical Legal Studies*, 2014, vol. 11, n.º 4, pp. 894-928
- SANTOS MORÓN, M. J., “Prólogo”, en MATO PACIN, M. N., *Cláusulas Abusivas y Empresario Adherente*, Ed. BOE, 2017, p. 18
- SCHWENZER, I., *Schweizerisches Obligationenrech*, Allgemeiner Teil., Stämpfli, Bern 1998.
- SILVA-RUIZ, P. F. en “Las condiciones generales y su control en el derecho contractual comparado”, en *Bases de un derecho contractual europeo*, editado por S. Espiau Espiau, y A. Vaquer Aloy, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 139-146.
- SOLÍS RODRÍGUEZ, V. y GONZÁLEZ DÍAZ, M., “Provisions to Be Negotiated in Franchise Contracts: The Case of Spanish Chains”, en *Journal of Business Administration Research*, vol. 5, n.º 2; 2016, pp. 66-82.
- SOUSA RIBEIRO, J., “O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais gerais e o Princípio da Leberdade Contractual”, Livraria Almedina, Oporto, 1999.
- SPANOGLE, J.A. "Analyzing Unconscionability Problems" en *University of Pennsylvania Law Review*, Mayo, 1969, vol. 17, pp. 931-999.
- STATHOPOULOS, M. y KARAMPATZOS, A.G., *Contract Law in Greece*, 4ª edición, Kluwer Law International, Amsterdam, 2014
- TOMAS MARTINEZ, G., “La sustitución del «buen padre de familia» por el estándar de la «persona razonable»: reforma en Francia y valoración de su alcance” en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) Estudios, pp. 57-103.

- TOMILLO URBINA, J. (Dir) y ALVAREZ RUBIO, J. (Coord.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I congreso Euroamericano de Protección jurídica de los Consumidores*, Thomson Civitas, 2008.
- ULMER, P.
 - “La Protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la ley sobre CGC de 1976” en “Las Condiciones Generales de la Contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril”, editado por S. Espiau Espiau, ed. Marcial Pons Editor, Madrid, 1999, pp.[...].
 - *10 Jahre AGB-Gesetz* editado por B. Heinrichs, W . Löwe y P . Ulmer, Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Colonia, 1987, p. 13.).
- ULMER, P y HABERSACK, M., “*Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag § 305*” en *AGB-Recht : Kommentar Zu Den §§ 305-310 BGB und Zum UKlaG*, editado por A. Witt et al., Otto Schmidt KG, Verlag, 2016.
- LAW COMMISSION y SCOTTISH LAW COMMISSION: Unfair terms in contracts. A Joint Consultation Paper”, The Law Commission, Londres, 2002, (disponible en <http://www.lawcom.gov.uk>)
- URÍA GONZALEZ, R., “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, pp. 8-28.
- VON POST, C-R., *Studies concerning section 36 of the Swedish Contracts Act focusing on purely commercial relations*, Jure Förlag, Estocolmo, 1999. (el resumen inglés está disponible en www.juridicum.su.se).
- WESTPHALEN, F. v., “Wider einen Reform bedarf beim AGB-Recht“, en *Neue Juristische Wochenschrift*., 2009, pp. 2977-2982
- WILHELMSSON, T “The unfair contract terms directive and the Nordic contract model” en *Unfair terms directive. Five Years on*, Brussels, 2000, Office for official publications of the European Communities, pp. 25-34.

- YZQUIERDO TOLSADA, M., NAVARRO MENDIZABAL, I.A. ACOSTA MERIDA, M.P, *Derecho de consumo*, Madrid, Ed. Calamo, 2005.
- ZEILER, K., “The future of empirical legal scholarship: where might we go from here?”, en *Journal of Legal Education*, vol. 66, n.º 1 (otoño 2016), p. 81 y ss., disponible en <http://jle.aals.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1367&context=home>, p. 81 y ss.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE 3 junio 1997, asunto C-269/95, asunto Francesco Benincasa c. Dentalkit

Auto del TJUE de 14 septiembre 2016, asunto Dumitraș.

STJCE de 21 de enero de 1999, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, Cario Bascagno y otros c/ Banca Popolare di Novara soc.coop.arl. y Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 83/1984, de 24 de junio de 1984

STC 71/2012, de 16 de abril de 2012

STC 96/2013, de 23 de abril de 2013

Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia de 26 octubre 1981 [RJ 1981\4001]

Sentencia de 14 de febrero de 1994 [RJ 1994/1469]

Sentencia de 21 de julio de 1995 [RJ 1995 /5596]

Sentencia de 10 septiembre 2014 [RJ 2014\5304]

Sentencia de 24 de marzo de 2015 [Roj 138/2015]

Sentencia de 23 de diciembre de 2015 [Roj 705/2015]

Sentencia de 3 de junio de 2016 [Roj 367/2016]

Sentencia de 14 de julio de 2016 [Roj 483/2016]

Sentencia de 30 de enero de 2017 [Roj 57/2017]

Sentencia de Sentencia de 3 de febrero de 2017[Roj STS 359/2017]

Sentencia de 5 de abril de 2017 [Roj: STS 1385/2017]

Sentencia de 1 de junio de 2018 [RJ 2018/2320]

Sentencia de 19 de junio de 2018 [RJ 2018/2810]

Sentencia de 30 de mayo de 2018 [RJ 2018/2373]

Sentencia de 21 de junio de 2018 [RJ 2018/2913]

Sentencia de 12 de julio de 2018 [RJ 2018/2824]

Sentencia de 28 de noviembre de 2019 [Roj STS 3796/2019]

Sentencia de 27 de febrero de 2020 [Roj: STS 611/2020]

Sentencia de 12 de junio de 2020 [Roj: STS 1591/2020]

Sentencia de 1 de julio de 2020 [Roj STS 2076/2020]